This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 198 289

Bd. June 1885

Received
May 27, 1885

GERMANY

Ueber

Beweislaſt, Einreden

und

Exceptionen

von

Dr. jur. J. Maxen.

8.
Göttingen,
Verlag der Deuerlich'ſchen Buchhandlung.
1861.

GER.
991.3
Ma

Rec. May 2nd 1883

Göttingen,
Druck der Dieterichschen Universitäts-Buchdruckerei.
(W. Fr. Kästner.)

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit, welche ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, unternahm ich, um die jetzt ziemlich allgemein angenommene Beweisregel durchzuführen, daß im Processe der Kläger die das Klagrecht erzeugenden Thatsachen, der Beklagte dagegen die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen zu beweisen habe, falls solche von ihm behauptet werden.

Um diese Regel durchführen zu können, war es nothwendig, das Wesen der Rechte, insofern sie als actio, exceptio, replicatio u. s. w. Gegenstand der processualischen Verhandlung werden können, etwas näher zu betrachten. Dies führte in weiterer Folge zu genauer Festhaltung des Unterschiedes der wirklichen Exceptionen einerseits, und der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen, oder der Einreden, wie ich diese beiderlei Thatsachen nenne, andererseits.

Ich hatte die Arbeit eben begonnen, als mir die Schrift Gerber's (Justizamtmannes in Gehren im Fürstenthum Schwarz-

durch das Vorwort gebotene Gelegenheit, zur Unterstützung meiner gegen Bekker gerichteten Bemerkungen auf die Übereinstimmung derselben mit dem hinzuweisen, was von Seiten dieser Auctorität a. a. O. gegen Bekker gesagt ist.

Göttingen im April 1861.

Inhalt.

I. Die Voraussetzungen des Klagrechts . . . . . S. 1

II. Die Negation des Klagrechts durch den Beklagten und die Exceptionen. Die begriffliche Verschiedenheit beider . . . — 16

III. Einige Bemerkungen über die Quellenausdrücke: **agi non potest, actio non est, non debetur, obligatus non est,** u. a., besonders auch in denjenigen Stellen, wo von dem Einfluß des **dies adjectus** auf Obligationen die Rede ist . — 35

IV. Die Beweislast und der Gegenstand des Beweises . . . — 47

V. Der materielle und formelle Klaggrund. Die Allegationsverbindlichkeit der Parteien, besonders des Klägers . . . . — 62

VI. Die Verschiedenheit der Negationen des Klagrechts durch den Beklagten und Vergleichung einzelner Arten derselben mit den Exceptionen . . . . . — 76

VII. Die Negation des processualischen Klaggrundes durch den Beklagten . . . . . — 96

VIII. Rechtshindernde Thatsachen.

1. Einleitung . . . . . — 109
2. Thatsachen, welche die Handlungsfähigkeit ausschließen, sind rechtshindernde gegenüber Ansprüchen aus juristischen Handlungen . . . . . — 110
3. Der Widerruf einer letztwilligen Disposition ist rechtshindernde Thatsache gegenüber Ansprüchen, die auf Grund einer solchen erhoben werden . . . . . — 111

4. Thatsachen, welche die Voraussetzung von Ausnahmsbestimmungen sind, als rechtshindernde gegenüber Ansprüchen, die auf Grund der Regel des Rechts erhoben werden.

a. Einleitung . . . . . S. 113

b. Die Usucapionsunfähigkeit der vindicirten Sache eine rechtshindernde Thatsache . . . . . — 115

c. Die Verkehrs- und Veräußerungsunfähigkeit einer Sache eine rechtshindernde Thatsache . . . . . — 115

d. Thatsachen, welche eine Person erbunfähig machen, sind rechtshindernd gegenüber der **hereditatis petitio** derselben . . . . . — 116

e. Der im Testamente angeführte Exheredationsgrund eine rechtshindernde Thatsache gegenüber der **hereditatis petitio** des Notherben . . . . . — 117

f. Die Verkürzung der **Quarta Falcidia** durch Legate eine rechtshindernde Thatsache gegenüber der Klage eines Legatars . . . . . — 117

g. Irrthum als ausnahmsweises Hinderniß der Rechtsentstehung aus juristischen Handlungen im Gebiete des Erbrechts . . . . . — 118

5. Der durch einen Privatact bewirkte Ausschluß eines **jus dispositivum** als Hinderniß der Entstehung des auf dies **jus dispositivum** gestützten Anspruchs.

a. Einleitung . . . . . — 123

b. Testament eine rechtshindernde Thatsache gegenüber der **hereditatis petitio** des Intestaterben . . . — 125

c. Die Verabredung, daß der Verkäufer nicht für Eviction haften solle, eine rechtshindernde Thatsache gegenüber dem Evictionsanspruche des Käufers . . — 126

d. Eine ähnliche Verabredung als rechtshindernde Thatsache gegenüber der **actio in factum de recepto** — 126

6. Ansprüchen aus Rechtsgeschäften (Willenserklärungen) gegenüber sind solche Thatsachen, welche den erklärten Willen als nicht vorhanden erscheinen lassen, rechtshindernde Thatsachen.

a. Einleitung . . . . . — 126

b. Physischer Zwang (**vis absoluta**) eine rechtshindernde Thatsache . . . . . — 130

c. Die Simulation eine rechtshindernde Thatsache . . — 130

d. Die Suspensivbedingung eine rechtshindernde Thatsache . . . . . S. 131

e. Sogenannter unächter Irrthum eine rechtshindernde Thatsache . . . . . — 138

7. Bemerkungen über ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen . . . . . — 142

8. Einige rechtshindernde Thatsachen gegenüber Klagen aus Delicten . . . . . — 146

9. Schluß . . . . . — 154

IX. Rechtsvernichtende Thatsachen.

1. Einleitung . . . . . — 157

2. Beweislast bei der sog. **exceptio legis Anastasianae** . — 157

3. Beweislast bei persönlichen Klagen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation.

a. Einleitung . . . . . — 161

b. Klagen auf Rechnungsablegung gegen Vormünder und Procuratoren . . . . . — 173

c. **Actio tutelae subsidiaria** . . . . . — 176

d. Klagen auf das Interesse wegen doloser und bezw. culposer Verletzung einer bestehenden Obligation . — 179

e. Interesseforderungen wegen **mora** des Schuldners . — 190

4. Beweislast bei Obligationen auf Unterlassungen (**non facere**) . . . . . — 195

5. Bemerkungen über das Wesen der auf ein Unterlassen gerichteten Obligationen . . . . . — 200

6. Beweislast bei der Privationsklage gegen den Emphyteuten und der Klage des Vermiethers gegen den Miether auf Räumung wegen Nichtzahlung des Canon bezw. des Miethgelbes und wegen Mißbrauchs der Sache . . — 210

7. Beweislast bei der Klage auf Zahlung einer Conventionalstrafe und bei der Klage aus der einem Kaufcontracte hinzugefügten **Lex commissoria.**

a. Einleitung . . . . . — 216

b. Die Conventionalstrafe . . . . . — 221

c. Die **Lex commissoria** . . . . . — 242

8. Beweislast bei der Condictio causa data causa non secuta . . . . . S. 254

X. Die Erwiederung des Klägers auf die von dem Beklagten vorgebrachten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen . . . . . — 277

I.

Die Voraussetzungen des Klagerechts.

Den Gegenstand der richterlichen Cognition im Civilprozeß bilden Privatrechte.

Der Richter, vor dem in prozeßordnungsmäßiger Weise die Existenz eines Rechts behauptet wird, sei es vom Kläger, um dasselbe angriffsweise gegen den Beklagten als actio, Klagrecht, oder vom Beklagten, um dasselbe vertheidigungsweise als exceptio, Exceptionsrecht, gegenüber der erhobenen Klage, oder sei es wieder vom Kläger, um dasselbe gegenüber der exceptio des Beklagten als replicatio, u. s. w. geltend zu machen, soll einen entscheidenden und die streitenden Parteien bindenden Ausspruch über die Existenz oder Nichtexistenz dieses behaupteten Rechtes abgeben.

Die Abgabe eines die Existenz des behaupteten Rechts anerkennenden Ausspruchs setzt nun aber voraus, daß der Richter zuvor die Ueberzeugung gewonnen habe, daß dasselbe wirklich existire, d. h. daß es einmal entstanden und bis jetzt nicht wieder aufgehoben ist. Beides muß dem Richter zur Gewißheit geworden sein, da die an ihn gerichtete Bitte um Anerkennung des behaupteten Rechts auf die gegenwärtige Existenz desselben gerichtet ist, und darum muß diese Anerkennung versagt werden, nicht nur, wenn das Recht überhaupt niemals entstanden ist, sondern auch dann, wenn dasselbe, obgleich einmal entstanden, vor dem Momente wieder untergegangen sein sollte, in dem es der aufgestellten Behauptung gemäß noch existent sein soll.

Es fragt sich nun: was gehört dazu, was ist nothwendig, um ein Recht als vorhanden betrachten zu können?

Jedes Recht im subjectiven Sinne, wie es Gegenstand der richterlichen Cognition werden kann, beruht auf dem Recht im objectiven Sinne, in der Weise, daß jenes nicht gedacht werden kann ohne dieses. Das letztere, das Recht im objectiven Sinne, bildet die Grundlage der Rechte im subjectiven Sinne, indem es die Voraussetzungen bestimmt, mit deren Eintritt und Vorhandensein dieselben zur Entstehung kommen. Die Entstehung eines solchen Rechts ist daher die Folge des Vorhandenseins jener Voraussetzungen, und zwar ist sie eine rechtliche Folge, weil sie durch das positive Recht, durch Rechtsvorschrift an jene Voraussetzungen geknüpft ist.

Umgekehrt sind diese Voraussetzungen der Grund des Eintritts dieser Folge, der Rechtsentstehung, und zwar ist dieser Grund ebenfalls ein rechtlicher, weil das positive Recht ihm die rechtliche Fähigkeit zuerkannt hat, jene Folge hervorzubringen.

Den Inbegriff der zur Entstehung eines einzelnen Rechts nothwendigen Voraussetzungen kann man passend als den Thatbestand bezeichnen, an den die rechtliche Folge der Entstehung jenes Rechts geknüpft ist, eine Bezeichnung, die schon Kierulff (Theorie des Civilrechts, Seite 28 in der zweiten Anmerkung) gebraucht, und von der er sagt, daß dieser „Ausdruck im Civilrecht eben so wohl heimisch zu werden verdiene, als er es schon im Criminalrecht ist," und daß „der Unterschied blos der ist, daß im Criminalrecht das an diesen Thatbestand geknüpfte jus (als die rechtliche Folge jenes juristischen Grundes) eine öffentliche Strafe ist."

Die diesen Thatbestand bildenden Voraussetzungen, einerlei, ob dieselben in Handlungen (erlaubte, unerlaubte, Rechtsgeschäfte), Zuständen (Bereicherung, Verwandtschaft, Miteigenthum, Besitz, Miterbrecht) oder in sonstigen Ereignissen (Alluvion, Accession) u. s. w. bestehen, und einerlei ferner, ob dieselben positive oder negative sind, müssen nun aber, damit die rechtliche Folge desselben, die Rechtsentstehung möglich ist, in die Wirklichkeit treten, sie müssen ein thatsächliches Dasein erhalten, und in sofern bezeichnet man sie selbst als thatsächliche Voraussetzuugen der Rechtsentstehung, als Thatsachen.

Fragt es sich nun, ob ein bestimmtes Recht entstanden ist, so muß zunächst untersucht werden, welche Thatsachen es sind,

die das positive Recht als Voraussetzung der Entstehung dieses Rechts aufgestellt hat, und ist diese Untersuchung beendet, dann entsteht die weitere Frage, ob jene Thatsachen ein wirkliches Dasein erhalten haben, ob der Thatbestand existent geworden ist.

Ist dies der Fall, dann ist das Recht als entstanden zu betrachten.

Es muß nun aber ein Recht, welches gerichtlich realisirt werden soll, nicht blos entstanden, es muß auch in der Gegenwart, d. h. zu der Zeit noch wirklich vorhanden sein, wo es vor Gericht verfolgt wird.

Wie nun das positive Recht den verschiedensten Thatsachen die Wirkung der Hervorbringung von Rechten beigelegt hat, so hat es auf der andern Seite auch wieder den verschiedensten Thatsachen die Wirkung der Vernichtung bestehender Rechte zuerkannt. Man kann diese Thatsachen wegen der ihnen beigelegten Wirksamkeit, einerlei ob dieselbe sich auf einen größern oder geringern Kreis von Rechten, oder gar nur auf ein einzelnes Recht bezieht, als rechtsvernichtende Thatsachen bezeichnen.

Kann nun ein Recht nicht mehr als existirend angesehen werden, wenn die eine oder andere Thatsache eingetreten ist, welche rechtlich die Fähigkeit hat, dieses Recht zu vernichten, so ist die gegenwärtige Existenz eines Rechts bedingt durch das Nichteingetretensein aller hier denkbaren rechtsvernichtenden Thatsachen.

Es läßt sich jetzt die Aufgabe des Richters, der über die gegenwärtige Existenz des erhobenen Rechtsanspruches entscheiden soll, genauer dahin feststellen. Er muß, um das behauptete Recht als ein gegenwärtig existirendes anerkennen zu können, die Gewißheit haben darüber:

1., daß derjenige Thatbestand eingetreten ist, dem gesetzlich die Wirkung der Hervorbringung dieses Rechtes zukommt, und

2., daß keine Thatsache eingetreten ist, die dem entstandenen Recht gegenüber eine rechtsvernichtende Kraft hat.

Betrachtet man nun den zur Rechtsentstehung erforderlichen Thatbestand in seinen einzelnen factischen Bestandtheilen etwas näher, so kann eine wichtige Verschiedenheit der zu demselben gehörigen Voraussetzungen nicht entgehen. Gewisse Voraussetzungen erscheinen nämlich als die erste unmittelbarste Grundlage und Bedingung der Rechtsentstehung, andere nur insofern, als sie nicht

vorhanden sein müssen, wenn jene unmittelbaren Voraussetzungen die ihnen beigelegte Wirkung der Hervorbringung des Rechts sollen entfalten können. Diese haben also vorzugsweise die Fähigkeit und Bestimmung, ein bestimmtes Recht zur Entstehung zu bringen, und man nennt sie wegen dieser ihnen zuerkannten Eigenschaft *rechtserzeugende Thatsachen*. Jene andern Thatsachen, welche nicht vorhanden sein dürfen, wenn die Wirkung der rechtserzeugenden Thatsachen eintreten soll, erscheinen, wenn vorhanden, als ein Hinderniß der Wirksamkeit dieser Thatsachen, und man nennt sie wegen dieser gesetzlich ihnen zustehenden Wirksamkeit *rechtshindernde* Thatsachen.

Jene wirken in *positiver* Richtung auf die Rechtsentstehung, indem sie das Recht, dessen Voraussetzung sie sind, direct und unmittelbar zur Entstehung bringen, wenn rechtshindernde Thatsachen nicht im Wege stehen; diese wirken in *negativer* Richtung, indem sie die abgesehen hiervon begründete Rechtsentstehung ausschließen.

Jene entfalten ihre Wirksamkeit nur in ihrer Totalität; der Mangel auch nur einer einzigen von den mehreren rechtserzeugenden Thatsachen genügt, um zu bewirken, daß von einer rechtserzeugenden Kraft jener keine Rede mehr sein kann; der rechtshindernden Thatsachen kann es der Entstehung eines jeden Rechts gegenüber mehrere geben; das Vorhandensein indeß auch nur einer einzigen von ihnen reicht hin, um die Wirksamkeit der rechtserzeugenden Thatsachen zu hemmen. Zum Thatbestande der Voraussetzungen in der vorhin gebrauchten Bedeutung des Wortes gehören nun nicht blos die rechtserzeugenden Thatsachen, sondern auch das Nichtvorhandensein rechtshindernder Thatsachen, weil ohne dies Erforderniß ein Recht nicht entstehen kann.

Man kann nun aber auch von einem Thatbestande sprechen, der blos aus den rechtserzeugenden Thatsachen gebildet wird; man könnte dann jenen einen Thatbestand im weitern, diesen dagegen einen Thatbestand im engern Sinne nennen.

Es entsteht nun die Frage: was gehört im einzelnen Falle zu den rechtserzeugenden Thatsachen einerseits, und zu den rechtshindernden Thatsachen andererseits?

Die Lösung dieser Frage würde keine Schwierigkeit verursachen, wenn in den Gesetzen selbst für jedes einzelne Recht genau

angegeben wäre, welche Thatsachen bei demselben als rechtserzeugende, als die nothwendige Grundlage seiner Entstehung angesehen werden sollen. Dann würde ohne Schwierigkeit auch festzustellen sein, welche Thatsachen diesen gegenüber als rechthindernde zu betrachten sein würden.

In den Quellen unseres gemeinen Rechts ist aber die Lösung jener Frage nicht so ganz leicht gemacht, da es an einer solchen präcisen Darstellung der rechtserzeugenden Thatsachen mangelt. Ja in den meisten Fällen kann, was zur Rechtsentstehung überhaupt nothwendig ist, erst dann vollständig erkannt werden wenn man verschiedene, dasselbe Recht betreffende, Entscheidungen mit einander verbindet und vergleicht. Aber dennoch kann, wenn durch diese Verbindung und Vergleichung jener verschiedenen Entscheidungen die Summe der einzelnen thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsentstehung festgestellt ist, die Scheidung derselben in Thatsachen, deren Vorhandensein zur Rechtsentstehung erforderlich ist (*rechtserzeugende* Thatsachen), und solche, die nicht vorhanden sein dürfen, wenn anders das Recht entstehen soll (*rechtshindernde* Thatsachen), unlösbare Schwierigkeiten nicht bereiten.

An sich kann nun die Frage, welche Thatsachen die rechtliche Wirkung haben, ein Recht zur Entstehung zu bringen, welche Thatsachen geeignet sind, den Eintritt des Rechts zu hindern, immer nur mit Beziehung auf einen bestimmten Fall, auf ein bestimmtes einzelnes Recht gelöst werden. Denn wie verschieden die Rechte im subjectiven Sinne überhaupt sind, ebenso verschieden sind auch die Entstehungsgründe dieser verschiedenen Rechte. Jedes Recht hat seinen besondern Entstehungsgrund. Am deutlichsten tritt dies hervor bei den persönlichen Rechten aus Obligationen. Können nun aber auch einzelne Rechte, wie namentlich die dinglichen, und auch einzelne persönliche Rechte, z. B. der Alimentationsanspruch, der Dotationsanspruch u. s. w., auf verschiedene Weise entstehen, so kommt es doch, wenn es sich im Proceß um die Entstehung eines solchen Anspruchs handelt, immer nur auf einen bestimmten einzelnen von den verschiedenen möglichen Entstehungsgründen an, und nur in Beziehung auf die diesen Entstehungsgrund bildenden thatsächlichen Momente ist es nothwendig zu untersuchen, welche Thatsachen die rechtserzeugenden sind, und welche als rechtshin-

dernde nicht eingetreten sein dürfen, wenn anders das Recht als entstanden betrachtet werden soll.

Bei dieser Verschiedenheit der Entstehungsgründe der einzelnen Rechte kann hier der Begriff der rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen im Allgemeinen nicht genauer festgestellt werden, als dies bereits geschehen ist. In den spätern Abschnitten wird die begriffliche Verschiedenheit der beiderlei Thatsachen mit Bezug auf eine Mehrheit einzelner Fälle genauer festgestellt werden.

Ich beschränke mich daher hier darauf, der gegebenen Unterscheidung der Thatsachen in rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtsvernichtende einige allgemeinere Bemerkungen hinzuzufügen.

1. Wenn das Wesen des Rechts im subjectiven Sinne darin besteht, daß es dem Berechtigten eine, freilich nur auf den bestimmten Fall beschränkte Willensherrschaft über diejenige Person giebt, welche ihm als verpflichtet gegenüber steht, so daß also der Wille derselben partiell als der Willensherrschaft des Berechtigten unterworfen erscheint, so besteht die Privatrechtsverletzung, wie Unger[1]) ganz treffend sagt, in der „Auflehnung (des Verpflichteten) gegen die Macht des Berechtigten," in dem „Sichinwiderspruchsetzen des individuellen Willens mit dem individuellen Willen," in dem „durch Wort oder That geäußerten Widerspruch des unterworfenen Willens gegen den herrschenden Willen."

Zum Begriff des Rechts im Sinne von Klagrecht hat man nun außer der Existenz eines Rechts überhaupt oft auch noch die Verletzung desselben als eine wesentliche Voraussetzung verlangt[2]). Wäre dies richtig, so würde außer den zur Entstehung des Rechts überhaupt nothwendigen Voraussetzungen auch die Thatsache der Verletzung dieses Rechts als eine das Klagerecht erzeugende Thatsache angesehen werden müssen; jedes Recht müßte, um Klagrecht zu werden, erst verletzt sein, und das Recht im unverletzten Zu-

---

[1]) Oesterr. Privatr. §. 109.

[2]) Vgl. Puchta Pand. §. 81. Savigny Syst. Bd. V. §. 205. Kierulff Theorie §. 9. 11. Gegen diese und andere Anhänger dieser sog. Verletzungstheorie vgl. besonders die Bemerkungen Ungers in den Noten zum §. 116.

stande wäre dann noch kein Klagrecht, oder könnte doch nur unter Voraussetzung des Eintritts der Verletzung ein eventuelles Klagrecht genannt werden.

Diese Ansicht ist auch vertreten in der Schrift Gerbers: „Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast," wo auf Seite 10 gesagt wird: „es würde nichts Widersinnigeres geben, als ein Klagrecht ohne Störung des Zustandes des Rechtsfriedens, ohne Rechtsverletzung."

Diese Auffassung kann als richtig nicht zugegeben werden[3]). Sie ist hervorgegangen aus einer unrichtigen Auffassung der Klage als eines Mittels zum Schutz eines Rechts gegen eine eingetretene Verletzung, als eines Mittels, dieselbe zu beseitigen oder doch unschädlich machen. Denn Klage ist weiter nichts als das Mittel der selbstständigen Verfolgung eines zuständigen Rechtes vor Gericht, ein Mittel, um dies Recht gegenüber einer anderen Person, gegen welche es zuständig ist, im Wege Rechtens zu realisiren.

An sich kann nun jedes Recht, sobald es entstanden ist und eine persönliche Beziehung auf eine bestimmte andere Person als das verpflichtete Subject erlangt hat, gegen diese auch durch selbstständigen Angriff des Berechtigten vor Gericht verfolgt und realisirt werden. Eine Ausnahme hiervon machen nur die Rechte aus Naturalobligationen, insofern bei ihnen dem Berechtigten durch positive Rechtsvorschrift die angriffsweise Geltendmachung nicht gestattet ist.

Wenn daher ein Recht entstanden und in jene persönliche Beziehung zu einer bestimmten anderen Person getreten ist, so hat es auch die Eigenschaft eines durch selbständigen Angriff im Wege Rechtens verfolg- und realisirbaren Rechtes, es ist ein klagbares Recht, ein Klagrecht, actio im materiellen Sinne. „Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi"[4]).

---

[3]) Vgl. Unger §. 116, dessen Ansichten ich in dem Folgenden vorzugsweise folge. Siehe daselbst auch in Note 5 diejenigen Schriftsteller, die sich ebenfalls gegen die Verletzungstheorie erklärt haben.

[4]) Vgl. L. 51. D. de O. et A. 44, 7.

Als ein Klagrecht in diesem Sinne erscheint das persönliche (obligatorische) Recht schon von dem Augenblicke an, wo dasselbe entstanden ist. Dasselbe ist nämlich nicht denkbar ohne Beziehung auf eine bestimmte Person, welche dem Berechtigten als verpflichtet gegenübersteht, weil es, das persönliche Recht, die Berechtigung ist, die Vornahme einer bestimmten Leistung und zwar von einer bestimmten Person zu fordern. „Obligationum substantia — in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum“[5]). Recht und Pflicht sind hier gar nicht ohne einander denkbar; sie stehen und fallen zusammen. Ist für die eine Person das Recht entstanden, so ist für eine andere auch die jenem Recht entsprechende Verpflichtung begründet, und der Berechtigte hat die Möglichkeit, sich des Mittels der Klage zu bedienen, um den Schuldner zur Realisirung seiner Verbindlichkeit anzuhalten. Das Recht ist also, sobald es entstanden, ein klagbares, ein Klagrecht.

Eine andere Frage ist es aber, ob der den Rechtsweg sofort beschreitende Gläubiger das von ihm angestrebte Ziel, die Verurtheilung des Gegners, auch wirklich erreicht. Der wirksamen Durchführung des Klagrechts können nämlich, wie später noch besonders gezeigt werden wird, in der Person des Beklagten in Gestalt von Exceptionen Hindernisse im Wege stehen; diese können freilich den vom Kläger, und zwar von seinem Standpunkte aus mit Recht erstrebten Erfolg vereiteln, ändern aber nicht den Begriff des Klagrechts.

Wenn hiernach das persönliche Klagrecht, actio in personam, weiter nichts ist, als das persönliche Recht selbst, so können auch die das Klagrecht selbst erzeugende Thatsachen keine anderen sein, als die, welche das persönliche Recht erzeugen. Um deswillen kann aber auch von einer Rechtsverletzung, die hier in weiter nichts bestehen könnte, als in der willkürlichen, durch nichts gerechtfertigten Zurückhaltung der geschuldeten Leistung seitens des Schuldners, als einer das Klagrecht erst erzeugenden Thatsache keine Rede sein.

Damit darf nur nicht verwechselt werden, daß es persönliche Rechte giebt, deren Entstehung bedingt ist durch eine rechtswidrige

---

[5]) Vgl. L. 3. pr. D. eodem.

Handlung, durch eine Rechtsverletzung. Es sind dies die Rechte aus Delictsobligationen. Hier ist das Delict, die Rechtsverletzung diejenige Thatsache, welche das obligatorische Recht auf die Leistung zur Entstehung bringt. Daraus folgt aber, daß diese Rechtsverletzung nicht gegen das persönliche Recht selbst gerichtet ist, welches vielmehr jener erst die Entstehung verdankt. Das hierdurch entstandene Recht ist aber wie jedes andere persönliche der Verletzung fähig. Aber diese Verletzung, die ebenfalls nur in dem Vorenthalten der Leistung bestehen könnte, ist nicht erforderlich, um jenes persönliche Recht in ein Klagrecht zu verwandeln. Das persönliche Recht ist hier schon von dem Augenblicke an Klagrecht, wo es durch das Delict erzeugt wurde.

Etwas anders als mit den persönlichen Rechten, verhält es sich mit den dinglichen Rechten.

Besteht nämlich das Wesen des dinglichen Rechts darin, daß ihm nicht wie dem persönlichen Recht die bestimmte auf ein dare oder facere gerichtete Verpflichtung einer bestimmten einzelnen Person, sondern alle übrigen Personen als verpflichtet gegenüberstehen, und zwar mit der allgemeinen mehr negativen Verpflichtung, jenes Recht anzuerkennen, die Ausübung desselben nicht zu hindern, nicht zu stören, so folgt daraus schon der Mangel derjenigen persönlichen Beziehung, welche dem Rechte innewohnen muß, um als ein klagbares, gegen eine bestimmte Person realisirbares, als Klagrecht angesehen werden zu können.

Zu den Rechten dieser Art, den dinglichen, gehören nun nicht blos diejenigen, welche in einer — totalen oder partiellen — rechtlichen Herrschaft über eine Sache bestehen: Eigenthum, Emphyteuse, Superficies, Servituten und Pfandrecht, sondern auch das Erbrecht und die Personen- oder Statusrechte aus Personen- und Familienrechtsverhältnissen. Denn alle diese Rechte haben das mit einander gemein, daß ihnen nicht eine bestimmte einzelne Person, sondern Jedermann als verpflichtet gegenübersteht, und daß diese Verpflichtung nur generell auf ein Anerkennen jenes Rechtes gerichtet ist[6]).

Können nun diese Rechte als wirkliche Klagrechte nicht angesehen werden, weil sie nicht gegen eine bestimmte Person gerichtet

---

[6]) Vgl. Kierulff, Civilrecht S. 159 ffg.

sind, und weil deshalb eine gerichtliche, klagweise Realisirung nicht möglich ist, so erhalten sie doch eine persönliche Beziehung und werden, weil nunmehr gegen eine bestimmte Person realisirbar, Klagrechte, wenn das Verhalten einer der negativ verpflichteten Personen in Widerspruch steht mit der auch ihr obliegenden Verpflichtung, jenes Recht anzuerkennen, die Ausübung desselben nicht zu hindern, nicht zu stören, und alles zu respectiren, was, von dem Berechtigten ausgehend, als Ausfluß der demselben zustehenden Berechtigung zu betrachten ist.

So verwandelt sich das Eigenthumsrecht in rei vindicatio gegen den, welcher die Sache des Eigenthümers besitzt, in actio negatoria gegen den, welcher eine partielle Herrschaft über diese Sache ausübt; so das Servitutrecht in actio confessoria, wenn ein Dritter dem Berechtigten dies Recht bestreitet, oder ihn in der Ausübung desselben stört; das hypothecarische Pfandrecht in actio hypothecaria gegen den Besitzer des Pfandobjects. In gleicher Weise verwandelt sich das emphyteutische und superficiarische Recht in actio in rem emphyteuticaria und bezw. superficiaria, das erworbene Erbrecht in hereditatis petitio, und der Status einer Person, sobald er von einem Dritten bestritten wird, in ein Klagrecht gegen denselben auf Anerkennung des Status.

In allen diesen Fällen richtet sich das dingliche Recht unmittelbar gegen diese eine Person als ein durch das Gericht auf Anrufen des Berechtigten realisirbarer Anspruch auf eine thatsächliche Anerkennung des dem Berechtigten zustehenden Rechtes, auf ein Aufgeben des mit der allgemeinen Anerkennungspflicht in Widerspruch stehenden Verhaltens.

Das bis dahin ohne persönliche Beziehung bestandene dingliche Recht hat jetzt, nach erlangter persönlicher Bezeichnung die Natur eines persönlichen (obligatorischen) Anspruchs, weil gerichtet gegen eine bestimmte einzelne Person auf Anerkennung und, abgesehen von den Statusrechten, wo nur die Anerkennung des bestrittenen Status den Gegenstand des Klagrechts bildet, Wiederherstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes, oder, falls diese nicht mehr möglich oder erzwingbar ist, auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens.

Das dingliche Recht bewegt sich hiernach in zwei verschiedenen auf einander folgenden Stadien, zuerst in einem Stadium

der Ruhe, der Richtung gegen die gesammte übrige, dem Berechtigten nur negativ verpflichtet gegenüberstehenden Welt, und aus diesem geht es dann über in ein Stadium der Bewegung, des Gerichtetseins gegen eine bestimmte nunmehr positiv verpflichtete Person.

Kann man das dingliche Recht nur, sofern es in dies zweite Stadium getreten ist, als eigentliches Klagrecht bezeichnen, so gebraucht man diesen Ausdruck doch auch für das Recht, so lange es sich noch in jenem ersten Stadium befindet. Immerhin ist es aber in diesem Zustande nur ein eventuelles Klagrecht, Klagrecht in abstracto, das seine Wirksamkeit und Existenz als concretes Klagrecht erst durch den Eintritt in das Stadium der Bewegung, der unmittelbaren Richtung gegen eine bestimmte Person als verpflichtetes Subject erhält.

Das dingliche Recht wird also Klagrecht, wenn das von einer der negativ verpflichteten Personen diesem Recht gegenüber beobachtete Verfahren in Widerspruch steht mit der auch ihr obliegenden Verpflichtung, dieses Recht anzuerkennen, die Ausübung desselben durch den Berechtigten nicht zu stören, nicht zu hindern, und Alles zu respectiren, was von dem Berechtigten ausgehend als Ausfluß des demselben zustehenden Rechts zu betrachten ist.

Dies zur Verwandlung des dinglichen Rechts in concretes Klagrecht nothwendige Erforderniß hat aber nicht nothwendig den Charakter einer Rechtsverletzung. Es liegt allerdings in dem dem dinglichen Recht widersprechenden thatsächlichen Verhalten einer der negativ verpflichteten Personen eine Verletzung dieses Rechts, aber zunächst nur in objectiver Beziehung. Zum Begriff der Rechtsverletzung im eigentlichen Sinne gehört aber noch ein anderes Erforderniß, die Rechtsverletzung hat auch eine subjective Seite, d. h. es muß eine Verletzung des Rechts mehr oder minder gewollt sein, und dieser auf Nichtanerkennung des gegenüberstehenden Rechts gerichtete Wille muß auch durch ein diesem Willen entsprechendes äußeres Verhalten manifestirt sein. Soll daher das dem dinglichen Recht widersprechende Verhalten einer der negativ verpflichteten Personen eine Rechtsverletzung im eigentlichen Sinne sein, so muß der in diesem Verhalten liegende Widerspruch gegen das dingliche Recht auch als ein von dieser Person gewollter angesehen werden können.

Dies letztere ist aber zur Entstehung eines dinglichen Klagerechts nicht nothwendig. Es genügt, daß objectiv betrachtet ein dem dinglichen Recht widersprechendes thatsächliches Verhalten einer bestimmten Person vorliegt. Da dies eine eigentliche Rechtsverletzung nicht genannt werden kann, so kann auch die Rechtsverletzung überhaupt nicht als eine das dingliche Klagrecht erst erzeugende Thatsache angesehen werden.

Ein Beispiel mag dies anschaulich machen.

Das Eigenthumsrecht verwandelt sich in concretes Klagrecht, rei vindicatio, wenn ein Dritter die Sache des Eigenthümers besitzt. Der Anspruch ist gerichtet gegen diesen Besitzer. Dies Besitzen steht objectiv betrachtet im Widerspruch mit dem Recht des Eigenthümers. Es könnte darin auch das subjective Moment der Rechtsverletzung liegen, ein Nichtanerkennenwollen des Eigenthums des Berechtigten. Aber hierauf kommt nichts an. Das einfache Haben der Sache genügt, um eine rei vindicatio zu erzeugen. „Puto —, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse" sagt Ulpian in L. 9. D. de rei vindic. Er sagt aber an demselben Orte auch ferner: „nec ad rem pertinet, ex qua causa possideat (reus)". Es genügt also die bloße Thatsache des Besitzens zur Erzeugung des Klagrechts. Daher ist dasselbe auch begründet gegen den Pächter oder Commodatar, obwohl das bestehende Pacht- oder Commodatsverhältniß den Pächter bezw. Commodatar zu besitzen berechtigt. Man kann deshalb von diesen Personen auch nicht sagen, daß sie sich im Zustande der Rechtsverletzung befinden. Sie haften, weil sie „facultas restituendi" haben. Nur können sie freilich die an sich begründete rei vindicatio effectlos machen durch exceptionsweises Vorschützen des ihnen aus dem obligatorischen Verhältnisse zustehenden Rechtes zu besitzen.

Eine gleiche Bewandtniß wie mit der rei vindicatio hat es auch mit den übrigen dinglichen Klagen; in der die Haftung des Beklagten begründenden Thatsache braucht nicht auch ein Nichtanerkennenwollen des dinglichen Rechts zu liegen.

Die Rechtsverletzung kann hiernach weder bei den persönlichen, noch bei den dinglichen Rechten als eine Voraus-

ſetzung des Klagrechts und darum insbeſondere auch nicht als eine das Klagrecht erzeugende Thatſache angeſehen werden.

In ſofern hat ſie allerdings einige Bedeutung, als ſie den Berechtigten veranlaſſen wird, das ihm zuſtehende Recht im Wege Rechtens zu realiſiren, alſo als Veranlaſſung zur Klaganſtellung. Da aber der Richter zu unterſuchen hat, nicht ob der Kläger eine genügende Veranlaſſung zur Klageanſtellung hat, ſondern blos, ob das vom Kläger behauptete Recht begründet iſt, ſo iſt die Rechtsverletzung auch als Motiv zur Klaganſtellung für den Richter und im Proceſſe überhaupt juriſtiſch ganz bedeutungslos.

2. Das Recht als klagbares, als Klagrecht iſt nach den vorigen Bemerkungen nicht denkbar ohne Beziehung auf ein berechtigtes und auch verpflichtetes Subject. Das Klagrecht muß dem Kläger, und es muß ihm gegen den Beklagten zuſtehen — legitimatio ad causam activa und passiva —. Darum liegt es auch in dem Begriff der rechtserzeugenden Thatſachen, daß ſie das Recht für den Kläger, und gegen den Beklagten zur Entſtehung gebracht haben müſſen, und wenn das geltend gemachte Recht zunächſt unter andern Perſonen als dem jetzigen Kläger oder Beklagten entſtanden iſt und beſtanden hat, dann gehören auch die Thatſachen, welche den Uebergang des Rechts von jenen Perſonen auf diejenigen vermittelt haben, unter denen jetzt der Rechtsſtreit ſchwebt, nothwendigerweiſe zu den rechtserzeugenden Thatſachen. Denn es genügt nicht, daß das fragliche Recht einmal für irgend eine Perſon und gegen irgend eine andere entſtanden iſt; vielmehr muß, wenn der jetzige Kläger eine andere Perſon iſt, als der urſprünglich Berechtigte, feſtſtehen, daß er zu jenem Recht im Verhältniß ſteht, welches ihn zur Klage berechtigt, und ebenſo muß, wenn der jetzige Verklagte eine andere Perſon iſt, als der urſprüngliche Verpflichtete, feſtſtehen, daß das Recht nunmehr gegen die Perſon des Beklagten gerichtet iſt.

In Fällen dieſer Art kann man unterſcheiden zwiſchen Thatſachen, welche für die urſprünglichen Subjecte rechtserzeugend ſind, und ſolchen, welche dies Recht für die jetzigen im Streit befangenen Subjecte erzeugt haben. Das Recht als ein unter den jetzigen Subjecten klagbares ſetzt aber die Exiſtenz nicht blos jener,

II.

Die Negation des Klagrechts durch den Beklagten und die Exceptionen. Die begriffliche Verschiedenheit beider.

Bevor ich zur Erörterung der Frage übergehe, wer im Civilproceß zu beweisen habe, will ich in diesem Abschnitte die begriffliche Verschiedenheit zweier Vertheidigungsarten festzustellen suchen, deren sich der Beklagte bedienen kann, nämlich

1. der Vertheidigung durch Negation des Klagrechts, und
2. der Vertheidigung durch Entgegenstellung eines ihm, dem Beklagten, zustehenden Rechts gegen die Klage, der Vertheidigung also durch Exceptio.

Ausgeschlossen von der nachfolgenden Erörterung bleiben diejenigen Vertheidigungsmittel des Beklagten, welche, wie die exceptio deficientis legitimae personae standi in judicio, exc. judicis inhabilis, suspecti, incompetentis, exc. deficientis cautionis pro expensis, exc. fori, procuratoria, praejudicialis u. s. w., lediglich aus dem Proceßrecht entnommen sind.

Negation, Leugnen des Klagrechts durch den Beklagten ist weiter nichts als die Behauptung desselben, daß das vom Kläger beanspruchte Recht nicht existire, und zwar jetzt nicht existire, wo es geltend gemacht wird. Dabei kommt, was den Begriff der Negation begrifft, darauf nichts an, ob diese Behauptung des Beklagten sich stützt auf den Mangel der das Klagrecht erzeugenden Thatsachen, oder auf das Vorhandensein solcher Thatsachen, welche die Entstehung des Klagrechts zu hindern, oder welche

daſſelbe, nachdem es entſtanden, wieder aufzuheben, zu vernichten geeignet ſind. Immerhin iſt jene Behauptung ein Leugnen des Klagrechts, mag auch der Grund, worauf ſie geſtützt wird, ein in angegebener Weiſe verſchiedener ſein.

Nur dann würde ein eigentliches Leugnen des Klagrechts nicht vorliegen, wenn der Beklagte die vom Kläger als Vorausſetzung ſeines Anſpruchs angeführten Thatſachen als wahr anerkennt, und dennoch die Exiſtenz des beanſpruchten Rechts leugnet. Denn wenn an dieſe zugeſtandenen Thatſachen jenes Recht als die rechtliche Folge geknüpft iſt, ſo muß der Richter, der allein dies zu beurtheilen hat, trotz des Leugnens des Beklagten dennoch die Exiſtenz jenes Rechtes anerkennen, und das Leugnen des Beklagten iſt weiter nichts als ein an ſich ziemlich gleichgültiges Leugnen des dem Anſpruche zu Grunde liegenden Rechtsſatzes.

Und gerade ſo würde es zu beurtheilen ſein, wenn der Beklagte dem Zugeſtändniß der Wahrheit der vom Kläger angeführten Thatſachen die Behauptung hinzufügen ſollte, daß noch mehrere thatſächliche Vorausſetzungen erforderlich, daß dieſe aber weder vom Kläger angeführt, noch auch in Wirklichkeit vorhanden ſeien. Denn auch hier würde der Richter die Exiſtenz des beanſpruchten Rechts anerkennen müſſen, wenn er findet, daß gerade die angeführten, und nicht mehr Thatſachen es ſind, welche die rechtliche Vorausſetzung des erhobenen Anſpruchs bilden.

In beiden Fällen würde weiter nichts vorliegen, als eine vom Beklagten ausgehende Rechtsdeduction, welche etwa die Beſtimmung hätte, auf die Ueberzeugung des Richters einzuwirken, ihn zu einer dem Beklagten günſtigern Beurtheilung und Auslegung des in Betracht kommenden Rechtsſatzes zu veranlaſſen. Gleichwohl bleibt aber der Richter auf ſeine eigene Kenntniß des poſitiven Rechts angewieſen, und findet er demnach, daß an den vom Kläger mitgetheilten, und vom Beklagten etwa zugeſtandenen Thatbeſtand als rechtliche Folge das beanſpruchte Recht geknüpft iſt, ſo kann auf jene *ſcheinbare* Negation nichts mehr ankommen, vielmehr muß mit dem Geſtändniß der thatſächlichen Vorausſetzungen eines Rechts auch dieſes ſelbſt für zugeſtanden gelten.

In allen Fällen einer wirklichen Negation nun verlangt der Beklagte einen Ausſpruch des Richters über die *Nichtexiſtenz* des erhobenen Anſpruchs, und weil dieſer nicht exiſtire, eine *Frei-*

sprechung von der erhobenen Klage. Diese Freisprechung muß erfolgen, wenn dem Leugnen des Beklagten gegenüber das behauptete Klagrecht als existent, als begründet sich nicht herausstellt.

Umgekehrt aber muß der Proceß mit einer Verurtheilung des Beklagten enden, wenn trotz Leugnens desselben das Klagrecht vom Richter als begründet anerkannt, d. h. wenn es juristisch gewiß wird, daß die rechtserzeugenden Thatsachen eingetreten, und daß rechtshindernde und bezw. rechtsvernichtende Thatsachen nicht eingetreten sind. Gleichwohl kann der Fall eintreten, daß dieses naturgemäße Resultat nicht eintreten kann. Es ist nämlich denkbar, daß dem Beklagten ein Recht zusteht, welches eine Verurtheilung in Folge des an sich begründeten Klagrechts als unbillig erscheinen lassen würde.

pr. Inst. de exc. 4. 13.

„— saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur."

Wenn dies der Fall ist, so kann der Beklagte dies Recht im Proceß gebrauchen, um die an sich begründete Verurtheilung von sich abzuwenden. Das Recht des Beklagten tritt, wenn in dieser Weise zur Vertheidigung verwandt, als exceptio der in der Verurtheilung des Beklagten sich äußernden Wirksamkeit des Klagrechts hindernd in den Weg.

„Es steht hier," wie Unger (Oesterr. Privatrecht §. 125) sehr treffend sagt, „Recht dem Recht, Anspruch dem Anspruch gegenüber: das Recht des Beklagten lähmt (dauernd oder zeitweise) die Wirkung des Klagrechts, es erscheint als eine (gänzliche oder theilweise, dauernde oder zeitweilige) Ausschließung des Berechtigten von der practischen Realisirung seines Rechts, als ein Hinderniß für die zwangsweise Durchführung des an sich vorhandenen Rechtsanspruches." „Wie die Klage ein Mittel zur Realisirung eines Anspruchs (Angriffsmittel) ist, so ist die Exceptio ein Mittel zur Abwehr dieser Realisirung (Schutzmittel): ist das Klagrecht das Recht selbst in der Gestalt des selbständigen Angriffs, der Actio, so ist das Einrederecht das Recht selbst in der Gestalt der Vertheidigung gegen die Actio, das Recht in der Gestalt der Exceptio."

Der Ausdruck: „exceptio“ zur Bezeichnung eines vertheidigungsweise gegen eine Klage verwandten Rechtes ist im römischen Formularprocesse entstanden. Der römische Richter sollte laut ihm in der formula gegebener Instruction eine Verurtheilung des Beklagten eintreten lassen, wenn die intentio d. h. das vom Kläger beanspruchte Recht, die Bedingung und Voraussetzung der Condemnation begründet war. Durch die Worte der Formel: „si paret, rem Auli Agerii esse ex jure Quiritium,“ „si paret, Numerium Ngm Ao Ao dare oportere,“ und „quidquid paret, Nm Ngm Ao Ago dare facere oportere,“ war der Richter zu untersuchen angewiesen, ob das Klagrecht begründet war. Ueberzeugte er sich nun von der Wahrheit des Eintritts der das Klagrecht erzeugenden Thatsachen, und überzeugte er sich ferner, daß rechtshindernde bezw. rechtsvernichtende Thatsachen nicht eingetreten waren, so war er nach Anweis der Formel verpflichtet, den Beklagten zu verurtheilen, und ein etwaiges Recht des Beklagten, vermöge dessen er billigerweise eine Freisprechung hätte beanspruchen können, mußte unberücksichtigt bleiben, wenn nicht der Richter zu einer Berücksichtigung desselben durch den Prätor autorisirt war.

Eine Ausnahme davon trat nur dann ein, wenn der Beklagte das ihm zustehende Recht in Gestalt einer exceptio doli hätte geltend machen können, vorausgesetzt jedoch, daß es sich um ein bonae fidei judicium handelte. Hier galt nämlich der Grundsatz: „exceptio doli inest bonae fidei judiciis“[1]), und darum brauchte bei Processen dieser Art der Richter zu Berücksichtigung eines derartigen Rechts nicht besonders autorisirt zu sein.

Wollte aber der Beklagte in Fällen, die nicht unter diese Ausnahme fielen, eine Freisprechung von der erhobenen Klage auf Grund eines ihm derselben gegenüber zustehenden Rechtes beanspruchen, so mußte er dafür sorgen, daß der Richter durch den Prätor die erforderliche Anweisung dazu erhielt, und diese gab der Richter auf desfallsigen in jure vorgebrachten Antrag, indem er in der Formel den Richter ermächtigte, trotzdem, daß der in der intentio bezeichnete Anspruch des Klägers begründet sein sollte, eine Ausnahme von der Condemnation dann eintreten zu lassen, wenn das vom Beklagten gegen die Klage vorgebrachte Recht begründet

[1]) Vgl. L. 21. D. solut. matrim. 24. 3.

sein sollte. Von dem Bestandtheile der Formel, worin diese Anweisung ertheilt wurde, und welchen man exceptio nannte, ist dann das in dieser Weise gegen die Klage geltend gemachte Recht selbst exceptio genannt.

Wenn gleich nun der Name exceptio zunächst nur durch die Eigenthümlichkeit des römischen Civilprocesses hervorgerufen ist, so läßt sich doch ein Gleiches nicht sagen bezüglich des Wesens der damit bezeichneten Sache [2]). War es damals schon recht und billig, daß in Folge des an sich begründeten Klagrechts eine Verurtheilung des Beklagten nicht eintrat, wenn diesem ein Recht zustand, welches jene Verurtheilung als unbillig erscheinen lassen mußte, so kann mit Fug und Recht ein Gleiches vom heutigen Recht behauptet werden. Und man kann auch heute noch den Gesichtspuukt aufstellen, daß der Richter den Beklagten zu verurtheilen hat, wenn der Anspruch des Klägers begründet ist, daß er dies aber ausnahmsweise dann nicht soll und darf, daß er vielmehr den Kläger von den Wirkungen des Klagrechts ausschließen soll, wenn dies der Beklagte vermöge eines ihn dazu berechtigenden Gegenrechtes verlangen kann und verlangt.

Damit ist aber nicht gesagt, daß überall da, wo im römischen Recht eine Exceptio gegeben wurde, heute immer noch eine solche gegeben werde müsse. Denn sehr oft ist eine solche blos durch eine Eigenthümlichkeit des ältern Civilrechts, und insbesondere durch das Verhältniß desselben zum prätorischen Recht hervorgerufen worden, und in den Fällen, wo dies der Fall ist, wird heutzutage sehr oft von einem Schutze des Beklagten durch Exceptio nicht mehr die Rede sein können.

So bedarf es, um nur ein Beispiel anzuführen, zur Hervorbringung einer Obligation durch gegenseitige Uebereinkunft nicht mehr der Stipulationsform, wie im römischen Recht, in welchem die formlose Uebereinkunft zweier Personen eine klagbare Obligation nicht erzeugen konnte. War nun eine Obligation durch Stipulation entstanden, so konnte dieselbe auch nur durch einen entsprechenden Civilact mit vollständiger vernichtender Wirkung wieder aufgehoben werden, z. B. durch Acceptilation [3]).

---

[2]) Vgl. Unger §. 124. Note 18. Savigny Syst. Bd. V. S. 168.

[3]) Vgl. L. 100. D. de Reg. Jur. Ulpian.: „Nihil tam naturale est,

Wenn nun Gläubiger und Schuldner eine auf Aufhebung der durch Stipulation begründeten Obligation gerichtete formlose Uebereinkunft abschlossen, so hatte dies pactum nicht die Wirkung einer die Obligation ipso jure vernichtenden Thatsache, sondern erzeugte blos ein in Gestalt einer exceptio pacti de non petendo geltend zu machendes Gegenrecht, es vernichtete also die Obligation nur ope exceptionis *).

Und dieselbe Wirkung hatte das pactum de non petendo auch in Beziehung auf die meisten andern Obligationen, während man heutzutage demselben überall eine das Recht des Gläubigers ipso jure vernichtende Kraft beilegen kann, vorausgesetzt, daß die Absicht der Paciscenten auf die vollständige Aufhebung einer bestehenden Obligation gerichtet ist. Ginge dieselbe z. B. blos dahin, nur die Klage zeitweilig oder auch dauernd auszuschließen, so würde es auch jetzt noch, um damit durchzudringen, einer exceptio pacti de non petendo dilatoria oder perpetua bedürfen.

Bis jetzt ist darüber gesprochen worden, daß der Beklagte ihm zustehende Rechte in Gestalt von Exceptionen gegenüber der Klage geltend machen könne.

Es ist jetzt noch die Frage zu berühren, ob nur Rechte in Gestalt von Exceptionen geltend gemacht werden können, oder ob es auch Exceptionen giebt, die nicht Rechte des Beklagten sind.

Während Savigny (Syst. V. §. 225. ffg.), Puchta (Pand. §. 93.), Arndts (Pand. §. 101.) das erstere annehmen, entscheidet sich Imm. Bekker (die processualische Consumtion §. 8. S. 93.), dem Wetzell (Syst. §. 17. Note 16.) beipflichtet, für das letztere, allein, wie mir scheint, ohne Grund.

Bekker beruft sich für seine Ansicht auf die L. 2. §. 3. L. 4. §. 7. L. 9. D. de doli mali et met. except. 44. 4.

In denselben ist von doli exceptiones die Rede. Bekker meint, es sei nicht abzusehen, welches Recht des Be-

quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus olligatio contrario consensu dissolvitur.“ Vgl. auch L. 35. eodem. L. 80. D. de solut. 46. 3.

*) Vgl. L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. de pactis 2. 14. Von dem pactum de non petendo und dem durch dasselbe für den paciscirenden Schuldner begründeten Rechte wird später noch die Rede sein bei Gelegenheit der Besprechung der Obligationen auf non facere.

klagten den in jenen Stellen angeführten exceptiones doli zu Grunde liege, und ist vielmehr der Ansicht, daß in dieser Gestalt ein Einwand vom Beklagten nur hergenommen werde aus dem dolosen Verhalten des Klägers.

Daß diese Ansicht Bekkers nicht richtig ist, wird eine genauere Betrachtung der in jenen Stellen besprochenen Exceptionen ergeben.

In der L. 2. §. 3. sagt Ulpian: „Si quis sine causa fuerit ab aliquo stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit."

Hier scheint allerdings ein Recht des Beklagten nicht vorzuliegen; auch tritt ein solches nicht hervor in der darauf folgenden Begründung dieser Exceptio. Ulpian sagt nämlich weiter:

„Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stistipulatione petere."

Es springt aber sofort in die Augen, daß Ulpian gar nicht erörtert, ob und welches Recht des Beklagten hier der Exceptio zu Grunde liege; vielmehr giebt er nur eine Rechtfertigung der Bezeichnung dieser Exceptio als einer exc. doli. Daß aber die Exceptio sich stützt auf ein Recht des Beklagten, und zwar ein solches, das ihm schon vom Augenblick des Abschlusses der Stipulation an zustand, das zu gebrauchen er aber erst durch Anstellung der actio ex stipul. veranlaßt wird, dürfte unzweifelhaft hervorgehen aus L. 1. 3. D. de condict. sine causa 12. 7. und L. 5. §. 1. D de act. emti 19. 1.

In der L. 1 sagt nämlich Ulpian:

„Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem."

und noch deutlicher spricht Julian in der L. 3.

„Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur."

In derselben Weise spricht sich Paulus in der L. 5. §. 1 aus:

„Sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum si

falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.“

Zur Erklärung dieſer Stellen mögen folgende Bemerkungen dienen.

Die gültig abgeſchloſſene Stipulation erzeugte für den Stipulator ein Forderungsrecht, eine actio ex stipulatu. Das Vermögen des Stipulators wurde alſo durch den Act der Stipulation vermehrt, da er berechtigt wurde, und zwar geſchah dieſe Vermögensvermehrung auf Koſten des Vermögens des Promiſſor; dieſes wurde, weil mit einer Verbindlichkeit belaſtet, juriſtiſch wenigſtens vermindert. Wenn nun die Stipulation eingegangen wurde mit Beziehung auf eine — vergangene, gegenwärtige oder zukünftige — causa, und dieſe vorausgeſetzte causa in Wirklichkeit nicht exiſtirte, objectiv nicht vorhanden war, ſo fiel die für den Stipulator aus der Stipulation erwachſene Berechtigung unter den Geſichtspunkt eines rechtlich grundloſen Habens, eines habere sine causa, eines Zuſtandes, der für den Promittenten eine mit einer condictio sine causa geltend zu machende Obligation auf Rückerſtattung der grundloſen Bereicherung, alſo hier auch ein Aufgeben der Rechte aus der Stipulation durch Acceptilation erzeugte.

Dieſelbe Wirkung wie die Stipulation hatte auch ein mit Beziehung auf eine vorausgeſetzte causa abgeſchloſſener Conſenſualcontract, wenn es an dem objectiven Beſtande der vorausgeſetzten causa mangelte[5]).

Klagte nun der Stipulator aus der sine causa eingegangenen Stipulation auf Erfüllung, ſo gerieth damit ſein allerdings vorhandenes Klagrecht in Widerſpruch mit dem dem Promiſſor zuſtehenden Rechte auf Befreiung von der an ſich zu Recht beſtehenden Verbindlichkeit. Und dies Recht hatte der Promiſſor nicht erſt von Anſtellung der actio ex stipul. an, ſondern ſchon von dem Augenblicke an, wo er sine causa promittirt hatte, und er konnte dies Recht in Geſtalt einer doli exc. geltend machen, weil der Stipulator in dolo ſich befand, wenn er klagte, wohl

---

[5]) Vgl. Savigny, Obl.-R. Bd. II. §. 78. (S. 263. 264.)

wissend, daß wegen Mangels der vorausgesetzten causa ihm ein die Wirksamkeit seines Klagrechts ausschließendes Recht des Beklagten entgegenstehe[6]).

Hiernach dürfte es einem Zweifel wohl nicht unterliegen, daß der exc. doli in der abgedruckten L. 2. §. 3. ein selbständiges Recht des Beklagten zu Grunde liegt.

Das Gleiche ist aber auch der Fall bezüglich der exceptio doli, deren in L. 4. §. 7. D. 44. 4. von Ulpian gedacht ist. Die Stelle lautet:

„Labeo ait: si de homine petito secundum actorem fuerit judicatum, et jussu judicis satis datum sit, hominem intra certum diem tradi, et si traditus non fuisset, poenam quoque stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat, et poenam petit, exceptione esse repellendum; iniquum enim esse, et hominem possidere et poenam exigere."

Der Anspruch auf Leistung des Sklaven ist noch besonders gesichert durch eine stipulatio poenae[7]). Der Berechtigte hat also einen zweifachen Anspruch, nämlich einmal auf Leistung des Sklaven, dann aber auch auf Leistung der stipulirten Strafe, und beide Ansprüche sind selbständig klagbar. Nun hat hier, wie aus dem Inhalte der Stelle zur Genüge hervorgeht, die verabredete Strafe den Charakter einer im Voraus festgestellten Schätzung desjenigen Interesses, welches der Eigenthümer an der Leistung des Sklaven hat, so daß der Absicht der Parteien entsprechend der Gläubiger nur eins erhalten soll, entweder den Sklaven, oder die Strafe. Erfolgt also Leistung des Sklaven, so dürfte an sich die Strafe nicht mehr gefordert werden können. Allein die durch die Stipulation begründete Obligation hat eine formelle Selbständigkeit, und einmal entstanden kann sie nicht ipso jure durch die aus einem andern Rechtsgrunde erfolgende Leistung des Sklaven aufgehoben werden.

---

[6]) Vgl. L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. exc. 44. 4.

[7]) Ich setze voraus, daß Poenalstipulationen keine bedingte Acte sind. Dies wird aber erst in einem spätern Abschnitte nachgewiesen werden können, wo die Poenalstipulationen besonders zu besprechen sind.

Nun ist aber die Stipulation auf Strafe eingegangen mit Beziehung auf die schon bestehende Verpflichtung zur Leistung des Sklaven, diese bildet also die causa für die Stipulation. Wird diese Verpflichtung durch die erfolgte Leistung des Sklaven aufgehoben, so tritt damit der Wegfall der vorausgesetzten causa stipulationis ein; von diesem Augenblicke an ist das noch fortbestehende Recht des Stipulator, die actio ex stip. als eine Vermögensvermehrung sine causa zu betrachten, welche Thatsache für den Promittenten den mit einer condictio sine causa geltend zu machenden Anspruch auf Liberation von der noch zu Recht bestehenden Obligation aus der Stipulation erzeugt.

Wenn nun der Stipulator, nachdem er den Sklaven bereits erhalten, auf die stipulirte Strafe klagt, so steht der Wirksamkeit seiner actio ex stip. das eben gedachte Recht des Beklagten entgegen, und wenn der Stipulator dies weiß, so macht er sich durch Anstellung der Klage eines dolus gegen den Promittenten schuldig, und dieser kann jenes Recht in Gestalt einer exceptio doli geltend machen.

Es liegt also auch hier der exceptio doli des Beklagten ein wirkliches, selbständiges Recht desselben zu Grunde.

Dasselbe ist endlich auch der Fall bei der exc. doli, welcher in der von Bekker angeführten L. 9. gedacht ist. Paulus sagt hier:

„Si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit, et cum domino judicati agatur, tuebitur se doli mali exceptione, nec hoc, quod accepit procurator, auferri ab eo potest; nam turpiter accepta pecunia justius penes eum est, qui deceptus est, quam qui decepit.“

Zur Erklärung dieser Stelle dient die L. 8. §. 1. D. mand. 17. 1.

Ulpianus: „si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri; sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.“

Mit dieser Stelle stimmt überein die L. 7. §. 9. D. de dolo malo. 4. 3.

Hiernach hat diejenige Proceßpartei, deren Procurator durch

Colluſion mit der Gegenpartei es dahin gebracht hat, daß ſiegt, die actio de dolo gegen die letztere[8]).

Im Falle der L. 9. würde alſo der Verurtheilte gegen frühern Kläger wegen der Colluſion mit ſeinem, des Beklag Procurator die actio de dolo auf Schadenserſatz haben. W er alſo mit der actio judicati belangt, ſo kann er dies Recht Schadenserſatz excipiendo geltend machen, und zwar als excep doli, da der Kläger weiß oder doch wiſſen muß, daß ſein doloſ Verhalten, wodurch er es dahin gebracht hat, daß der Gegner ve urheilt wurde, für dieſen einen Anſpruch auf Schadloshaltung erzeug

Es liegt demnach den exceptiones doli in den drei von Bekker angeführten Seellen immer ein wirkliches Recht des Beklagten zu Grunde. Damit iſt aber zugleich die auf jene Stellen geſtützte Anſicht Bekkers widerlegt, daß die Exception als ein Einwand nur hergenommen ſei aus dem Verhalten des Klägers.

Zugegeben muß allerdings werden, daß die Bezeichnung der exceptio als einer doli exc. daher entlehnt iſt, daß der Kläger dolos verfährt, wenn er klagt, wiſſend, daß dem Beklagten ein Recht zuſteht, dem gegenüber das Klagrecht ſeine Wirkſamkeit nicht entfalten kann. Das Weſen der exceptio liegt aber immer in dieſem Recht des Beklagten. Mag auch die Anſtellung einer Klage in einem einzelnen Falle aus dieſem oder jenem Grunde als beſonders tadelnswerth erſcheinen, ſo kann hierauf allein gar nichts ankommen, es müßte denn ſein, daß den Kläger grade deshalb ein Tadel trifft, daß er durch Anſtellung der Klage dem Beklagten zuſtehende Rechte ignorirt, unbeachtet läßt. Das ſonſt noch ſo ſehr zu tadelnde Verhalten des Klägers kann für ſich allein niemals einen Vertheidigungsgrund für den Beklagten abgeben, ſo lange nicht die beſonderen Rechte des letztern durch jenes Verhalten verletzt werden.

Hiernach darf es wohl als feſtſtehend angeſehen werden, daß den wirklichen Exceptionen immer ein Recht des Beklagten zu Grunde liegen muß.

In den Quellen tritt es freilich häufig nicht ſo unmittelbar hervor, welches beſondere Recht einer Exceptio zu Grunde liegt. Namentlich gilt dies von denjenigen Stellen, in denen doli ex-

[8]) Vgl. Wetzell, Syſt. S. 53.

ceptiones besprochen werden. Hier tritt der innere Kern der Exceptio, das derselben zu Grunde liegende Recht meist ganz in den Hintergrund durch das Streben der Juristen das dolose Verhalten des Klägers recht deutlich hervorzukehren, um die Bezeichnung der exceptio als einer doli exc. als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Damit in Verbindung steht das Streben der römischen Juristen, jede Exceptio wo möglich unter den Gesichtspunkt einer doli exc. zu bringen, ein Streben, das sich daraus erklären dürfte, daß doli exceptiones bei actiones bonae fidei, der großen Mehrzahl der Klagen, nicht in die Formel aufgenommen zu werden brauchten.

Für die Zeit des römischen Formularprocesses hatten daher solche Deductionen eine besondere Bedeutuug. Für das heutige Recht sind sie bedeutungslos geworden, da der Beklagte dasjenige Recht, welches er als exceptio verwendeu will, immer auch wirklich vorbringen muß. Dabei kommt aber auf die Bezeichnung dieses Rechts nichts mehr an.

Für uns kann es daher nur von Interesse sein, aus den Stellen, wo von einer doli exc. gesprochen wird, herauszufinden, welches besondere Recht des Beklagten damit gemeint ist. Dies Auffinden kann aber auch bei genauer Betrachtung der bezüglichen Stellen nicht schwer fallen.

Von einem solchen Recht des Beklagten nun, wie es in Gestalt einer Exceptio geltend gemacht wird, kann in Fällen einer Negation des Klagrechts gar nicht die Rede sein, selbst dann nicht, wenn die letztere etwa in der Weise geschehen sollte, daß der Beklagte sich selbst das (an sich exclusive) Recht zuschreibt, welches Kläger für sich beansprucht, wenn er z. B. der rei vindicatio aus dem alleinigen Eigenthum gegenüber behaupten sollte, er selbst sei Eigenthümer der in Frage stehenden Sache. Denn diese Behauptung würde weiter nichts sein, als die nur in andere Worte eingekleidete Negation des Eigenthums des Klägers, da nur einer der alleinige Eigenthümer sein kann. Auf die eigene Rechtsbehauptung seitens des Beklagten wird daher auch weiter nichts ankommen können.

Manche haben freilich diese Behauptung des Beklagten, weil sie eine Rechtsbehauptung sei, als eine wirkliche Exceptio ansehen wollen, und haben sich dabei wohl gestützt auf die in L. 30. Cod.

de jure dotium 5. 12 und L. un. Cod. de usucap. transform. 7. 31. erwähnte „exceptio (sc. dominii) — per usucapionem inducta.“ Allein der hier gebrauchte Ausdruck kann als beweisend nicht angesehen werden, da derselbe ohne Zweifel mißbräuchlich angewandt ist[9]).

Im Fall der Negation nur fordert der Beklagte nicht Befreiung von einer zu Recht bestehenden Verbindlichkeit; denn diese bestreitet er ja eben. Er hat allerdings, falls der erhobene Antrag seinem Leugnen gegenüber sich nicht als begründet herausstellt, einen Anspruch auf ein freisprechendes, richterliches Erkenntniß; allein dieser Anspruch ist lediglich processualischer Natur, und er ist nicht gegen den Proceßgegner gerichtet, sondern gegen den Richter, welcher die Nichtexistenz des Klagrechts formell constatiren soll.

Das Recht dagegen, welches der Beklagte als Exceptio geltend macht, ist seinem Inhalte nach gegen den Kläger selbst gerichtet. Daneben hat der Beklagte auch noch das (processualische) Recht, vom Richter ein freisprechendes Erkenntniß zu verlangen, wenn seine Exceptio begründet ist. Aber während im Fall der Negation durch das richterliche Erkenntniß blos die Nichtexistenz des Klagrechts ausgesprochen und constatirt werden soll, hat das richterliche Erkenntniß im Fall der Vertheidigung durch Exceptio eine weitergehende Bedeutung. Es soll hier nämlich nicht die Nichtexistenz des Klagrechts constatiren — denn dies existirt ja —, sondern es soll die Wirkungen des an sich begründeten Klagrechts so weit hemmen und ausschließen, als dieselben mit dem wohlbegründeten Rechte des Beklagten in Widerspruch stehen; es hat also eine jene Klagwirkungen bis zu einem gewissen Grade vernichtende Wirkung.

Bis zu welchem Grade die vorgeschützte Exceptio diese vernichtende Wirkung in Beziehung auf das Klagrecht zur Folge hat, hängt von der Beschaffenheit theils der vorgeschützten Exceptio, theils der Klage ab, welcher gegenüber jene vorgeschützt wird. So bewirkt heutzutage die exceptio dilatoria nur eine temporäre, einstweilige Abweisung des Klägers, eine temporäre Ausschließung desselben von den Wirkungen des Klagrechts, während sie allerdings

---

[9]) Vgl. v. Helmolt, Verh. d. Excep. zur Beweislast. S. 281 ffg.

im Ordo judiciorum privatorum eine definitive Freisprechung des Beklagten bewirkte, eine Wirkung, die schon Justinian als eine antiquirte bezeichnet, indem er in §. 10. Inst. de exc. 4. 13. sagt:

„Alioquin si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio (sc. dilatoria), neque eo judicio quidquam persequerentur propter exceptionem, nec post tempus olim agere poterant, quum temere rem in judicium deducebant et consumebant, qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte haec procedere volumus, et cet.[10])".

Die exceptio perpetua dagegen, welche, wie Justinian §. 9. eodem sagt, „semper agenti obstat, et semper rem, de qua agitur, perimit," hat heute noch dieselbe Wirkung, wie zur Zeit des Ordo jud. priv. Sie bewirkt, sofern sie überhaupt gegen den ganzen Umfaug des Klagrechts gerichtet ist, die vollständige und definitive Freisprechung des Beklagten — „eximit reum damnatione"[11]) — wie im römischen, so auch im heutigen Recht. Eine Verschiedenheit dieser Wirkung zeigt sich aber, je nach dem sie einer dinglichen, oder einer persönlichen Klage gegenüber eintritt.

Wenn nämlich das dingliche Recht gerichtet ist gegen die ganze übrige Welt, und dadurch erst concretes Klagrecht wird, daß es eine persönliche Beziehung auf eine bestimmte Person als das nunmehr positiv verpflichtete Subject erhält, so kann die Freisprechung des Beklagten in Folge vorgeschützter exc. perpetua nicht den Bestand des dinglchen Rechts afficiren, sondern nur die Richtung desselben gegen die Person des Beklagten. Ihm gegenüber verliert also das Eigenthumsrecht des Klägers seine Wirkungen, und damit auch allen denen gegenüber, welche ihr Recht an der Sache, deren Eigenthum freilich nach wie vor dem Kläger zusteht, von dem frühern Beklagten ableiten. Denn die vom ersten Besitzer erworbene exc. perpetua geht als eine rei cohaerens exc. auf den mit über, der von ihm den Besitz als Successor erwirbt. L. 3. pr. D. de exc. rei vendit. et tradit. 21. 3.:

---

[10]) Vgl. auch Gajus IV. 123. Keller, der römische Civilproceß S. 142 (2. Ausg.), Bayer, Vort. S. 570. ffg.

[11]) Vgl. L. 22. pr. D. de except. 44. 1.

Hermogenianus: „exceptio rei venditae et traditae non tantum ei, cui res tradita est, sed successoribus etiam ejus et emtori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci.“

L. 28. Cod. de evict. 8. 45. Diocletianus et Maximianus:

„Emtori etiam venditoris jura prodesse, non ambigitur. Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quaestio, tam propriis, quam venditoris defensionibus uti poteritis.“

Auf den Succeſſor geht nicht ſo ſehr ein Recht an der Sache über, welches ja der Veräußerer ſelbſt nicht hatte, als vielmehr nur der dem letztern zuſtehende Exceptionsſchutz. Inſofern aber der Succeſſor dies Schutzrecht erlangt, kann man auch von ihm ſagen, daß er die Sache in bonis habe. L. 52. D. de acq. rer. dom. 41. 1. Modestinus:

„Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem habemus.“

Wenn nun der Eigenthümer einer Sache als Vindicant gegen den erſten Beſitzer deshalb unterlegen iſt, weil der letztere eine ihm zuſtehende exc. perpetua vorſchützte, ſo iſt damit freilich dem Vindicanten das Eigenthum nicht aberkannt, aber ſeinem Eigenthum die Wirkung gegen den Beklagten abgeſprochen. Der letztere erwirbt gegen jede erneuerte Klage eine exceptio rei judicatae, die ebenfalls wieder perpetua und rei cohaerens iſt, und darum auch auf jeden Succeſſor des Beklagten übergeht.

L. 9. §. 2. D. de exc. rei judic. 44. 2. Ulpianus:

„Julianus scribit, exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emtorem transire solere —“[12]).

Anders als bei dinglichen Klagen iſt die Wirkung der exc. perpetua gegenüber perſönlichen Klagen. Das perſönliche Recht iſt lediglich gegen die Perſon des Schuldners, und gegen Niemand anders gerichtet. Gegen dieſen allein kann es daher auch nur ſeine Wirkſamkeit entfalten. Wenn nun der Richter dem perſönlichen Klagrecht die ihm zukommende Rechtswirkung abſpricht,

[12]) Vgl. auch L. 7. §. 1. D. de exc. et praescript. 44. 1.

weil dem Beklagten eine dieſe Rechtswirkung ausſchließende exc. perpetua zuſteht, ſo kann das Recht des Klägers fernerhin eine Wirkſamkeit nicht mehr entfalten. Sollte dennoch der Kläger das abgeurtheilte Recht nochmals, ſei es als actio, oder als exceptio, zur Geltung zu bringen ſuchen, ſo würde die eingetretene Wirkungsloſigkeit ſeines Rechts nunmehr durch eine exc. bezw. replic. rei judicatae geltend gemacht werden können.

Nur ausnahmsweiſe kann das aberkannte Klagrecht noch einige Wirkſamkeit entfalten, dann nämlich, wenn der exceptio, wie z. B. der exc. S. C. Macedoniani, nur eine gegen die klagweiſe Geltendmachung des aberkannten Rechts gerichtete Wirkung zuerkannt iſt. Hier bleibt nach wirkſamer Vorſchützung des Exceptionsrechts immer noch eine Naturalobligation übrig. Wie aber die Exiſtenz eines klagloſen Rechts überhaupt eine Singularität, eine Ausnahme von dem jus commune iſt[13]), ſo kann auch die einer exc. perpetua zuerkannte nur gegen die klagweiſe Geltendmachung eines perſönlichen Rechtes gerichtete Wirkung nur als eine Ausnahme von dem jus commune angeſehen werden, wonach die Wirkung der exc. perp. regelmäßig gegen die Exiſtenz des perſönlichen Rechts überhaupt gerichtet iſt. Darum läßt ſich auch nicht im Allgemeinen ſagen, wann eine exc. perp., einmal vorgeſchützt, eine Naturalobligation übrig laſſe, und namentlich läßt ſich eine ſolche allgemeine Regel auch nicht aus L. 19. pr. 40. pr. D. de condict. indeb. 12. 6. und L. 9. §. 4. D. de S. C. Maced. 14. 6. conſtruiren. Es muß vielmehr in jedem einzelnen Falle beſonders unterſucht werden, ob ein jus singulare vorhanden iſt, welches einer exc. perpetua dieſe ausnahmsweiſe ſchwächere Wirkung zuerkennt[14]).

Steht nun einer Klage ein Exceptionsrecht des Beklagten entgegen, ſo iſt es dem praktiſchen Erfolge nach, ſo weit die Wirkung der Exceptio reicht, ſo gut, als ob ein Klagrecht gar nicht vorhanden iſt. Der Beklagte wird ſoweit, als dies durch die Wirkung der Exceptio bedingt iſt, und wenn dieſelbe gegen das Recht des Klägers überhaupt gerichtet iſt, gänzlich freigeſprochen, ebenſo wie wenn er die Exiſtenz des Klagrechts

---

[13]) Vgl. Unger §. 113. (S. 352 ffg.)

[14]) Vgl. Kierulff, Civilr. S. 184. ffg.

geleugnet und dieſem Leugnen gegenüber das Klagrecht als exiſtent und begründet ſich nicht herausgeſtellt hat. Und mit Beziehung auf die Gleichheit dieſes practiſchen Erfolges kann mit Recht geſagt werden, was Paulus in L. 112. D. de Reg. Jur. ſagt:

„Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur[15]).“

Aber trotz dieſer practiſchen Gleichheit der in Folge begründeter Negation des Klagrechts und bezw. begründeter Exceptio für den Beklagten eintretenden Wirkungen darf die begriffliche Verſchiedenheit dieſer beiden Vertheidigungsarten und ihrer Wirkungen nicht in den Hintergrund treten[16]). Ich werde auf dieſelbe ſpäter noch näher eingehen, und will hier nur noch einige Bemerkungen über die Exceptio ſelbſt, und dann auch über Replik folgen laſſen.

Macht der Beklagte in der Exceptio ein ihm zuſtehendes Recht geltend, ſo ſteht er hierzu in demſelben Verhältniß, in welchem der Kläger zu der erhobenen Actio ſteht.

L. 1. D. de exc. 44. 1. Ulpianus:

„Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est.“

Muß daher der Beklagte in Beziehung auf die Exceptio ganz wie ein Kläger angeſehen werden, ſo müſſen auch von der exceptionsweiſen Erhebung eines Anſpruchs ganz dieſelben Grundſätze gelten, die ſich auf die klagweiſe Geltendmachung von Anſprüchen beziehen.

Allein die Stellung des Beklagten als eines „actor in exceptione“ gehet doch nicht ſo weit, daß wie in Folge der actio eine Verurtheilung des Beklagten, ſo in Folge der exceptio eine Verurtheilung des Klägers als Beklagten gegenüber der exceptio eintreten könnte. Denn abgeſehen von den judicia duplicia, bei denen wegen ihrer eigenthümlichen Natur in dieſer Beziehung abweichende Grundſätze gelten[17]), kann ein einmal begonnener Proceß nur mit einer Verurtheilung oder Freiſprechung des Beklagten enden, und die begründete Exceptio des Beklagten kann

---

[15]) Vgl. Hübbe, de except. rei jud. §. 5. (S. 35.)

[16]) Vgl. Unger, §. 124. Note 15 a u. 16.

[17]) Vgl. Savigny Syſt. V. §. 225. (S. 151.)

nur dazu dienen, die Wirkung des begründeten Klagrechts, also die in Folge deſſelben ſonſt nothwendig eintretende Verurtheilung des Beklagten abzuwenden. Dies ſagen auch folgende Quellenzeugniſſe:

pr. Just. de except. 4. 13.

„Comparatae sunt — exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur.“

L. 2. pr. D. de except. 44. 1 Ulpianus:

„Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad intercludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.“

L. 22. pr. D. eod. Paulus:

„Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.“

Das Exceptionsrecht des Beklagten kommt daher erſt dann in Betracht, wenn die Exiſtenz des Klagrechts feſtſteht, in Folge deſſen es zu einer Verurtheilung des Beklagten kommen könnte, und dieſe wird dann durch das Exceptionsrecht ausgeſchloſſen oder doch beſchränkt. Wird nun aber die Exiſtenz des Klagrechts nicht juriſtiſch gewiß, dann fällt damit auch die Bedingung weg, nach deren Eintritt das Exceptionsrecht überhaupt erſt zur Berückſichtigung kommen könnte.

Die Stellung des Beklagten als eines „actor in exceptione“ iſt daher beſchränkt durch den mittelſt Vorſchützung der Exceptio zu erreichenden Zweck gänzlicher oder theilweiſer Befreiung von der ſonſt erfolgenden Verurtheilung. Es kann daher in Folge der Exceptio ſelbſt niemals zu einer Verurtheilung des Klägers kommen. Für den Fall der exceptio spolii iſt dies ausdrücklich ausgeſprochen, indem es in c. 2. X. de ord. cognit. 2. 10. heißt: „Spoliatione in modum exceptionis tantum probata, non est per hoc restitutio facienda —.“

Durch dieſen mittelſt der Exceptio zu erreichenden Zweck der Abweiſung des Klägers unterſcheidet ſich die exceptionsweiſe Geltendmachung eines Rechts von der Geltendmachung deſſelben durch Widerklage, reconventio, wodurch eine Verurtheilung des Klägers als Widerbeklagten angeſtrebt wird[18]).

[18]) Vgl. Bayer Vortr. S. 639. Linde Civilproceß §. 161.

Bislang iſt gezeigt worden, daß der Beklagte negirend und excipirend gegen die Klage ſich vertheidigen kann. Macht nun der Beklagte in der Exceptio ein ihm zuſtehendes Recht geltend, dem gegenüber der Kläger in gewiſſer Beziehung als Beklagter erſcheint, ſo kann dieſer ſich auch der Exceptio gegenüber in der Weiſe verhalten, wie der Beklagte gegenüber der Actio. Der Kläger kann nämlich:

1. Die Exiſtenz des Exceptionsrechts leugnen — negatio exceptionis —. Davon gilt ganz daſſelbe, was von der negatio actionis gilt. Er kann aber auch

2. dem Exceptionsrecht ſeinerſeits wieder ein Recht entgegenſetzen, beſtimmt und geeignet, die Wirkung des Exceptionsrechtes zu hemmen und auszuſchließen — exceptio exceptionis, ſog. replicatio — [19]).

Auch von dieſer exceptio exceptionis gilt ganz daſſelbe, was von der exceptio actionis gilt.

Der replicatio des Klägers gegenüber kann dann der Beklagte wieder negiren, oder ſeinerſeits wieder ein Recht geltend machen, exceptio replicationis, ſog. duplicatio, und ſo laſſen ſich die gegenſeitigen Negationen bezw. Rechtsbehauptungen noch weiter fortgeſetzt denken.

---

[19]) Vgl. L. 2. §. 1. 2. L. 22. §. 1. D. de exc. 44. 1.

III.

Einige Bemerkungen über die Quellenausdrücke: agi non potest, actio non est, non debetur, obligatus non est, u. a., besonders auch in denjenigen Stellen, wo von dem Einfluß des dies adjectus auf Obligationen die Rede ist.

Es ist vorhin (S. 31) gesagt worden, daß es sich im Processe im practischen Erfolge ganz gleich bleibt, ob der Kläger ein Klagrecht nicht hat (sei es wegen Mangels der rechtserzeugenden, oder wegen Entgegenstehens rechthindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen), oder ob das an sich begründete Klagrecht in seiner Wirksamkeit gehindert wird durch ein dem Beklagten zustehendes Exceptionsrecht. An sich kann nun in diesem zweiten Falle von einer Nichtexistenz des Klagrechts nicht gesprochen werden, da ja die Existenz desselben die nothwendige Bedingung der Berücksichtigung des Exceptionsrechts bildet. Gleichwohl wird in den Quellen sehr oft von einem „agere non posse," „actionem non esse," „actionem non habere", von einem „non deberi," „non obligatum esse" gesprochen, wo an sich nur gesagt sein soll, daß ein vorhandenes Klagrecht eine Wirksamkeit nicht entfalten könne wegen Entgegenstehens eines diese Wirksamkeit hindernden und ausschließenden Exceptionsrechtes des Beklagten[1]). Diese Aus-

[1]) Aehnliche Ausdrucksweisen kommen in den Quellen auch für andere Verhältnisse vor. Vgl. z. B. L. 15. D. de R. J. „Is qui actionem

drucksweise der Quellen ist nur erklärlich, wenn man bedenkt, daß es den Römischen Juristen darum zu thun war, den practischen Erfolg der wirksamen Vorschützung eines Exceptionsrechtes darzustellen. An sich ist sie ungenau, und um so mehr zu beachten und in der angegebenen Weise aufzufassen, als die Nichtbeachtung derselben leicht dahin führt, daß man die Nichtexistenz eines Exceptionsrechtes für eine Voraussetzung der Existenz des Klagrechtes hält. Eine derartige Prüfung hat nicht blos ein theoretisches Interesse, sie ist auch practisch wichtig, indem sie namentlich, wie sich später zeigen wird, eine richtige Anwendung der Grundsätze über Beweislast ermöglicht.

Es dürfte nicht unzweckmäßig sein, die gedachte Ausdrucksweise der Quellen an einzelnen Beispielen zu erörtern.

1) L. 15. D. de adim. leg. 34. 4. Paulus:

„Cum servus legatus a testatore et alienatus rursus redemtus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali —."

Daß hier die Worte „non debetur legatario" nicht bedeuten sollen, der Legatar habe kein Klagrecht, geht aus der Stelle selbst hervor, indem gesagt wird, daß der beklagte Erbe (auf Grund der geschehenen Veräußerung des Sklaven und der darin ausgesprochenen Willensänderung des Erblassers) eine exceptio doli gegen den Legatar habe.

2) L. 5. §. 1. D. de A. E. V. 19. 1. Paulus:

„Sed si falso existimans se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum si falso existimans se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret."

---

habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur." L. 143 D. de V. S. „Habetur, quod peti potest." Von einem „ipsam rem habere," von einem „habetur" kann an sich erst dann die Rede sein, wenn man die in Frage stehende Klage mit Erfolg durchgeführt hat. Wenn nun schon vor Eintritt dieses Erfolgs gesagt wird, daß man die Sache selbst habe, so liegt dabei eine gleiche Rücksichtnahme auf den sicher eintretenden Erfolg der Klage zu Grunde, wie bei den im Text besprochenen Ausdrucksweisen.

Auch hier bedeuten die Worte „agi ex emto non posse“ nicht, daß ein Klagrecht nicht vorhanden sei, wie aus der Beifügung der die Wirksamkeit des vorhandenen Klagrechts ausschließenden exceptio hervorgeht. Die Ausdrucksweise am Schluß der Stelle ist in dieser Beziehung genauer.

3) In L. 3. D. de resc. vend. 18. 5. sagt Paulus mit Beziehung auf eine dem Klagrecht entgegenstehende exceptio doli:

„ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt,“

blos um zu sagen, daß die vorhandene actio ex emto mit Erfolg nicht angestellt werden könne.

4) In L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. sagt Ulpian:

„Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio.“

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Zahlung der Schuld, wofür ein pignus gegeben ist, eine die pigner. act. erst erzeugende Thatsache sei, wie z. B. Unger §. 116. Note 13. und §. 123. Note 35. annimmt. Allein die Natur des pignus als eines Realcontractes bringt es mit sich, daß das Recht auf Rückgabe, also die actio pigneraticia, sofort mit der Hingabe der Sache an den Pfandgläubiger entstehe. Wenn gleich dieser nun zur sofortigen Restitution verpflichtet ist, so steht ihm doch in der persönlichen Forderung und deswegen, weil für diese das Pfand haften soll, ein Exceptionsrecht gegen die vor der Zahlung seitens des Schuldners angestellte act. pigner. zur Seite. Die Zahlung der Schuld vernichtet blos das Recht des Gläubigers, also das Exceptionsrecht desselben, so daß wenn dies der Fall gewesen ist, der wirksamen Durchführung der actio pigner. kein Hinderniß mehr im Wege steht. Der practische Erfolg der Klage ist daher durch die Zahlung bedingt, aber nicht, weil sie das Klagrecht erst erzeugt, sondern weil sie ein der Klage im Wege stehendes Hinderniß beseitigt.

Daß diese Auffassung über die Entstehung der actio pigneraticia gerechtfertigt ist, dürfte hervorgehen aus L. 11. §. 2. eod. wo Ulpian sagt: „Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero, nec dedero, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta.“ Wäre die Zahlung der Schuld rechtserzeugende Thatsache, so würde die hier gegebene Entscheidung, wonach die actio

ohne Zahlung entsteht, inconsequent sein. Es ist aber die Entscheidung gerade die consequente. Die Hingabe der Sache mit der beiderseitigen erklärten Absicht, daß sie Pfand sein solle, erzeugt die Obl. auf Rückgabe, und dies und nichts anderes ist in der Stelle ausgesprochen.

5) Mit der actio pigneraticia hat es dieselbe Bewandniß, wie mit der Klage aus dem Kaufcontract, wenn derselben von Seite des Beklagten die exceptio non impleti contractus entgegengesetzt wird. Das Erfülltsein von Seite des Klägers gehört nicht zu den sein Klagrecht erzeugenden Thatsachen, wie man wohl angenommen hat[2]), sondern ist eine das Exceptionsrecht des Beklagten, nämlich das Recht, welches derselbe auf die contractliche Leistung des Klägers hat, vernichtende Thatsache. Denn da der Kauf ein Consensualcontract ist, so entstehen die Rechte der Contrahenten auf die gegenseitigen Leistungen sofort mit dem Abschluß des Contracts. Ausdrücklich ist dies anerkannt in §. 1. Inst. de obl. ex consensu 3. 22. wo es heißt:

> „Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omni modo opus est; ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consentire."

Es kann also auch jeder Contrahent sofort nach Abschluß des Contracts auf Vornahme der Leistung durch den Gegner klagen. Dieser kann aber die an sich begründete Klage durch exceptionsweise Entgegenstellung seines Rechts auf die Leistung des Klägers practisch so lange erfolglos machen, bis von Seite des Klägers geleistet wird[3]).

Der practische Erfolg der Klage ist dem nach allerdings durch die Erfüllung seitens des Klägers bedingt[4]).

Wenn nun Ulpian in L. 13. §. 8. D. de act. emti 19. 1. sagt:

---

[2]) Vgl. z. B. Weber Beweisführung Ausg. v. Heffter 1832. §. 27. (S. 184.)

[3]) Vgl. Gajus IV. 126. L. 5. Cod. de eviction. 8. 45.

[4]) Vgl. Unger §. 116. Note 13. §. 125. Note 17. 19. 20., und besonders die Anmerkung zum §. 123.

„Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur; et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio.“

ſo ſoll mit den letzten Worten gewiß nicht geſagt werden, daß der Käufer ein Klagrecht noch nicht habe, ſondern nur, daß er ſein allerdings ſchon vorhandenes Klagrecht wegen des entgegenſtehenden Rechtes des Beklagten ſo lange mit Erfolg nicht durchführen kann, als er nicht auch ſeinerſeits zu vollſtändiger Leiſtung bereit iſt. Daß Ulpian nur dies hat ſagen wollen, geht auch aus den hinzugefügten Worten hervor:

„venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.“

In derſelben Weiſe müſſen auch die Worte des Paulus in L. 57. pr. D. de edict. aedil. 21. 1.

„— si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.“

dahin verſtanden werden, daß dem Käufer die an ſich begründete actio emti nichts nützt, wenn und ſo lange er nicht ſeinerſeits erfüllt hat oder doch zur Erfüllung bereit iſt.

Daß der Kläger ſeinerſeits geleiſtet hat, hat alſo hier ſowohl wie bei der vorhin beſprochenen actio pigneraticia die Bedeutung einer das Exceptionsrecht des Beklagten vernichtenden Thatſache; und wie bei der Klage aus dem Kaufkontract das derſelben in der Exceptio des Beklagten entgegenſtehende Hinderniß dadurch unſchädlich gemacht werden kann, daß der Kläger ſeinerſeits ſich bereit erklärt, dem Anſpruch des Gegners ſofort gerecht zu werden, ſo hat auch bei der actio pigneraticia die Bereiterklärung des Klägers, dem Beklagten ſofort zahlen zu wollen, ganz dieſelbe Wirkung. Hierauf iſt zu beziehen, was Ulpian in L. 9. §. 5. D: de pign. act. 13. 7. ſagt:

„Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamem si offerat in judicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi.“

6) Nach L. 53. §. 1. D. de eviction. 21. 2. Paulus:

„Si quum possit emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.“

und L. 8. Cod. de evict. 8. 45. Imp. Alexander:

„Emtor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet.“

könnte es scheinen, als ob die vom Käufer vorzunehmende Litis-Denuntiation seinen Anspruch auf Evictionsleistung erst erzeuge. Allein auch hier ist die geschehene Denuntiation nur eine das Recht des Verkäufers auf Vornahme der Denuntiation vernichtende Thatsache, wie aus der Entscheidung eines gleichen Falles in L. 29. §. 3. D. de leg. III. 32. 1. hervorgeht. Hier hebt Labeo die Verpflichtung desjenigen, dem evincirt wird, hervor, dem Auctor davon Anzeige zu machen — debere te prius, quam judicium accipiatur, denuntiare heredi — und fügt dann ausdrücklich hinzu: nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio. Darnach hat also der auf Evictionsleistung belangte Auctor sein Recht auf Denuntiation exceptionsweise geltend zu machen und erweiset sich dann dies Recht nicht als bereits vernichtet, d. h. wenn der Kläger noch nicht seiner Verpflichtung zur Denuntiation nachgekommen ist, so kann die sonst begründete Klage mit Erfolg nicht durchgeführt werden. Es ist also auch hier die geschehene Denuntiation keine das Klagrecht erst erzeugende Thatsache.

7) In L. 66. de Reg. Jur. sagt Julian:

„Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.“

Nicht schon mit dem Erwerb des Exceptionsrechtes, sondern erst mit dem Augenblicke, wo der Schuldner in Folge der gerichtlichen Vorschützung desselben freigesprochen wird, hört derselbe auf, Schuldner zu sein. Dem practischen Erfolge nach freilich ist es so gut, als ob er nicht mehr schuldet, wenn er eine Exceptio erlangt hat, durch deren Vorschützung er dies Resultat erreichen kann.

L. 20. §. 3. D. de liber. caus. 40. 12. Ulpianus:

„Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum, non esse obligatum.“

Das „non esse obligatum“ bezieht sich hier blos auf den practischen Erfolg, der eintritt, wenn der an sich verpflichtete Schuld-

ner von einem ihm zustehenden Exceptionsrecht wirksam Gebrauch macht.

Diese Rücksichtnahme auf den endlichen practischen Erfolg der Vorschützung einer exceptio tritt auch in folgenden Stellen hervor:

L. 26. §. 3. D. de cond. ind. 12. 6. Ulpianus:

„Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens, se tutum exceptione, solvit."

An sich nämlich könnte eine solutio indebiti nicht angenommen werden, wenn der Zahlende wirklich schuldete, aber gegen eine etwaige Klage sich excipiendo vertheidigen konnte. Aber die Rücksicht auf den endlichen Erfolg läßt den wirklichen Schuldner als einen Nichtschuldner, die Zahlung des an sich geschuldeten Betrages als Zahlung eines indebitum erscheinen, daher nicht mit Unrecht eine condictio indebiti gegeben wird.

L. 3. §. 1. D. de const. pecun. 13. 5. Ulpianus:

„Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur? Et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita juribus non est pecunia, quae constituta est."

Setzt die Wirksamkeit des Constitutum voraus, daß dasselbe auf Grundlage einer existirenden Verbindlichkeit errichtet wird, so müßte es auch wirksam sein, wenn der Constituent gegen die Klage aus der alten Obligation durch ein Exceptionsrecht geschützt ist, weil er an sich Schuldner ist. Aber auch hier hat die Rücksichtnahme auf den endlichen Erfolg dahin geführt, daß der durch exceptio geschützte Schuldner in Beziehung auf das Constitutum nicht als Schuldner angesehen, und dem Constitutum jede Wirksamkeit abgesprochen wird.

8) Ueber den Einfluß, den die diei adjectio auf die betagte Obligation hat, finden sich in den Quellen unter anderen folgende Aussprüche:

L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1.: Ulpianus:

„Dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur."

L. 46. pr. eodem. Paulus:

„Centesimis Calendis dari utiliter stipulamur, quia prae-

sens osligatio est, in diem autem dilata solutio.“

L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Paulus:

„Ex die (incipit obligatio), veluti: Calendis Martiis dare spondes? cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur.“

L. 186. D. de R. J. 50. 17. Celsus:

„— et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito, peti non potest.“

Dieſe Stellen haben zu verſchiedenen Auslegungen Anlaß gegeben. Auf Grund derſelben haben Manche — vgl. z. B. Puchta Pand. §. 241. §. 62. und Gerber Beitr. S. 140 ffg. — angenommen, daß die diei adjectio zwar nicht die Entſtehung der Obligation, wohl aber die Geltendmachung derſelben (durch Klage) bis zum Eintritt des dies hinausſchiebe. Wäre dies richtig, ſo beſtände alſo bis zum Eintritt des dies eine klagloſe, d. h. naturale Obligation, die mit dem Eintritte des dies von ſelbſt in eine klagbare, civile Obl. ſich verwandele. In dieſer Weiſe wird aber von Denjenigen, welche annehmen, daß die Geltendmachung des entſtandenen Rechts durch den dies adjectus aufgeſchoben werde, dieſe Suspenſion nicht aufgefaßt. Man geht nämlich gewöhnlich von der ſchon im erſten Abſchnitt mißbilligten Anſicht aus, daß Recht im ſubjectiven Sinn und Klagrecht etwas Verſchiedenes ſei, daß namentlich das Recht, um Klagrecht zu werden, erſt in ein Stadium der Verletzung treten müſſe, und meint dann weiter, der dies adjectus hindere nicht die Entſtehung des Rechts, ſondern blos die Entſtehung eines Klagrechts, weil das entſtandene Recht vor Eintritt des dies einer Verletzung nicht fähig ſei, indem nämlich die diei adjectio blos zum Vortheile des Schuldners geſchehe — „diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore“ — [5]).

Die dabei ſich von ſelbſt aufdrängende Frage, wie der in den abgedruckten Stellen über Moment der Entſtehung der Obligatio ſich findende Widerſpruch zu heben iſt, beantwortet man dann gewöhnlich in der Weiſe, daß man in denjenigen Stellen, in denen ausgeſprochen iſt, daß vor Eintritt des dies Recht und Verbind-

[5]) Vgl. L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1.

lichkeit noch gar nicht entstehn, die dies aussprechenden Worte für eine ungenaue Ausdrucksweise erklärt. So z. B. auch Gerber a. a. O. Diese Auffassung kann aber als richtig nicht zugegeben werden, weil ihre Grundlage als unrichtig angesehen werden muß.

Eine andere Auffassung ist neuerdings von Unger, Oestr. allgem. Privat.-R. §. 72. Note 18. §. 83. Note 6. u. 7. §. 116. Note 12. vertheidigt. Wie nämlich Unger im Allgemeinen davon ausgeht, daß derjenige, dem unter einem Anfangstermin ein Recht zugesagt ist, sofort ein festes Recht auf diese Erwerbung erlangt (dies cessit), welche ihm ohne seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, daß aber die Erwerbung des fraglichen Rechts selbst erst mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunktes (dies venit) geschehe, so soll insbesondere die betagte Obligation auch nicht vor dem Eintritt des dies entstehen, die Entstehung vielmehr hinausgeschoben sein bis zu diesem Moment (dies venit), und das betagte Versprechen selbst soll nur ein festes unentziehbares Recht auf die Forderung geben (dies cessit). Insofern nun der Wille des Promittenten bereits gebunden sei, und der Promissar aus dem betagten Versprechen ein festes unentziehbares Recht auf die Forderung erworben habe, und insofern der Promittent das was er vor Eintritt des Termins zahle, mit Rücksicht auf die Position des Gläubigers und auf den Grundsatz: dolo facit, qui id petit, quod redditurus est, nicht zurückfordern könne und insofern hier der Satz Platz greife: diei adjectionem pro reo esse, erscheine für die practische Auffassung der Promissar sofort als Gläubiger, der Promittent sofort als Schuldner, und das ganze Obligationsverhältniß, das in der That ein hinausgeschobenes sei, als ein bereits existirendes, dessen Realisirung jedoch als hinausgeschoben, als eine praesens obligatio, cujus solutio in diem dilata est; aus dieser doppelten Auffassung sollen sich dann die oben erwähnten widersprechenden Stellen erklären, in denen es bald heißt: praesenti die non debetur, bald statim quidem debetur, prius tamen, quam dies venerit, peti non potest, bald ex die incipit obligatio, bald statim incipit deberi pecuniam.

Es läßt sich nicht verkennen, daß diese Auffassung den Vorzug größerer Correctheit und Consequenz vor der vorhin besprochenen hat. Allein dennoch kann ich derselben nicht beistimmen.

Ich gebe zunächst freilich zu, daß, wie Unger im §. 83. Note 7. ausgeführt hat, ein betagtes auf Bestellung eines dinglichen Rechts gerichtetes Rechtsgeschäft nicht das dingliche Recht selbst begründet, und daß vielmehr der Rechtserwerb erst mit Eintritt des Anfangstermines — dies — von selbst geschieht. Und man kann auch mit Unger die durch das betagte Rechtsgeschäft begründete Aussicht auf den Rechtserwerb, weil sie nicht mehr vereitelt und dem, der das dingliche Recht erwerben soll, nicht mehr willkührlich entzogen werden kann, ein festes unentziehbares Recht auf jenen Rechtserwerb nennen. Eine andere Auffassung ist hier nicht gut denkbar, und namentlich auch die nicht, daß das betagte Rechtsgeschäft das dingliche Recht selbst erzeuge, daß aber die Geltendmachung desselben bis zum Eintritt des dies hinausgeschoben sei.

In Beziehung auf persönliche Rechte kann meiner Ansicht nach das Setzen eines Anfangstermines nicht dieselbe Wirkung haben wie bei dinglichen Rechten. Ich glaube vielmehr, daß das betagte Rechtsgeschäft die Obligation sofort erzeugt, weil dasselbe den Willen des Schuldners bindet, und daß die diei adjectio dem Schuldner die Befugniß giebt, innerhalb der zwischen dem Setzen und Eintritt des dies liegenden Zeit zu zahlen, wann er will, ein Recht, welches er in Gestalt einer exceptio dilatoria gegen die vor Eintritt des dies erhobene Klage des Gläubigers geltend machen kann.

Ein Gebundensein des Schuldners vom Augenblick des Setzens des dies, ein Geschuldetsein der versprochenen Summe von diesem Momente an ist in den Quellen anerkannt, so in der abgedruckten L. 46. pr. D. de V. O. 45. 1., wo Paulus die betagte Obligation eine „praesens obligatio“ nennt. So sagt auch Ulpian in L. 213. pr. D. de V. S. 50. 16.: „Cedere diem significat incipere deberi pecuniam —,“ d. h. mit dem Setzen des dies beginnt die Verbindlichkeit des Schuldners zur Leistung. Und wenn ferner von Paulus in L. 10. D. de cond. indeb. 12. 6.: „In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit,“ dem Schuldner, welcher vor Eintritt des dies zahlt, die condictio indebiti abgesprochen wird, so ist damit gewiß anerkannt, daß mit dem Setzen des dies seine Verbindlichkeit zur Leistung schon ent-

ſtanden iſt. Wäre dies nicht der Fall, ſo müßte eine condictio indebiti Platz greifen; ſie könnte dadurch nicht ausgeſchloſſen werden, daß es jetzt ſchon gewiß iſt, daß der Gezahlthabende künftig einmal Schuldner deſſen wird, dem gezahlt iſt. Denn wenn auch der practiſchen Auffaſſung nach der Gezahlthabende ſchon jetzt als Schuldner aufgefaßt werden könnte, in rein juriſtiſcher Anſchauung iſt er trotzdem vor Eintritt des dies nicht Schuldner. Auch würde der condictio indebiti in dem, was Paulus in L. 8. pr. D. de doli mali et met. exc. 44. 4. ſagt: „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est", kein Hinderniß im Wege ſtehen. Der Gläubiger könnte nämlich, da die condictio an ſich begründet iſt, auf jenen Satz nur excipiendo ſich berufen, er müßte ſeinerſeits alſo ein Recht gegen die Klage opponiren, dem gegenüber in der Klaganſtellung ſeitens des Klägers ein doloſes Verhalten läge. Welches Recht ſollte dieſes nun ſein? Das Forderungsrecht ſelbſt könnte es nicht ſein, denn dies ſoll ja erſt mit dem Eintritt des dies entſtehen; zur Zeit des Excipirens würde es alſo dem mit der Condictio belangten, erſt künftigen Gläubiger noch gar nicht zuſtehen, er würde alſo gar kein Exceptionsrecht haben, alſo nicht excipiren können. Jenes von Unger angenommene Recht auf den Erwerb der Forderung mit Eintritt des dies könnte es aber auch nicht ſein. Denn ein Recht auf den künftigen Erwerb einer compenſabeln Gegenforderung iſt ſelbſt noch kein compenſabeles Gegenrecht, kann mithin als exceptio compensationis, worauf ſich doch die Worte des Paulus in L. 8. pr. cit. beziehen, zur Zeit, d. h. vor Eintritt des dies noch nicht benutzt werden. Der von Paulus in L. 10. D. de cond. indeb. ausgeſprochene Ausſchluß der condictio indebiti erſcheint hiernach als ein ſicherer Beweis dafür, daß nicht blos der practiſchen ſondern auch der rein juriſtiſchen Auffaſſung nach ſchon mit dem Setzen des dies die beabſichtigte Obligation entſteht.

Die hier aufgeſtellte Auffaſſung der betagten Obligationen liegt auch in folgenden Stellen ausgeſprochen:

L. 70. D. de solut. et lib. 46. 3. Celsus:

„Quod certa die promissum est, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur."

Ich gebe zunächst freilich zu, daß, wie Unger im §. 83. Note 7. ausgeführt hat, ein betagtes auf Bestellung eines dinglichen Rechts gerichtetes Rechtsgeschäft nicht das dingliche Recht selbst begründet, und daß vielmehr der Rechtserwerb erst mit Eintritt des Anfangstermines — dies — von selbst geschieht. Und man kann auch mit Unger die durch das betagte Rechtsgeschäft begründete Aussicht auf den Rechtserwerb, weil sie nicht mehr vereitelt und dem, der das dingliche Recht erwerben soll, nicht mehr willkührlich entzogen werden kann, ein festes unentziehbares Recht auf jenen Rechtserwerb nennen. Eine andere Auffassung ist hier nicht gut denkbar, und namentlich auch die nicht, daß das betagte Rechtsgeschäft das dingliche Recht selbst erzeuge, daß aber die Geltendmachung desselben bis zum Eintritt des dies hinausgeschoben sei.

In Beziehung auf persönliche Rechte kann meiner Ansicht nach das Setzen eines Anfangstermines nicht dieselbe Wirkung haben wie bei dinglichen Rechten. Ich glaube vielmehr, daß das betagte Rechtsgeschäft die Obligation sofort erzeugt, weil dasselbe den Willen des Schuldners bindet, und daß die diei adjectio dem Schuldner die Befugniß giebt, innerhalb der zwischen dem Setzen und Eintritt des dies liegenden Zeit zu zahlen, wann er will, ein Recht, welches er in Gestalt einer exceptio dilatoria gegen die vor Eintritt des dies erhobene Klage des Gläubigers geltend machen kann.

Ein Gebundensein des Schuldners vom Augenblick des Setzens des dies, ein Geschuldetsein der versprochenen Summe von diesem Momente an ist in den Quellen anerkannt, so in der abgedruckten L. 46. pr. D. de V. O. 45. 1., wo Paulus die betagte Obligation eine „praesens obligatio“ nennt. So sagt auch Ulpian in L. 213. pr. D. de V. S. 50. 16.: „Cedere diem significat incipere deberi pecuniam —,“ d. h. mit dem Setzen des dies beginnt die Verbindlichkeit des Schuldners zur Leistung. Und wenn ferner von Paulus in L. 10. D. de cond. indeb. 12. 6.: „In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit,“ dem Schuldner, welcher vor Eintritt des dies zahlt, die condictio indebiti abgesprochen wird, so ist damit gewiß anerkannt, daß mit dem Setzen des dies seine Verbindlichkeit zur Leistung schon ent-

ſtanden iſt. Wäre dies nicht der Fall, ſo müßte eine condictio indebiti Platz greifen; ſie könnte dadurch nicht ausgeſchloſſen werden, daß es jetzt ſchon gewiß iſt, daß der Gezahlthabende künftig einmal Schuldner deſſen wird, dem gezahlt iſt. Denn wenn auch der practiſchen Auffaſſung nach der Gezahlthabende ſchon jetzt als Schuldner aufgefaßt werden könnte, in rein juriſtiſcher Anſchauung iſt er trotzdem vor Eintritt des dies nicht Schuldner. Auch würde der condictio indebiti in dem, was Paulus in L. 8. pr. D. de doli mali et met. exc. 44. 4. ſagt: „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est", kein Hinderniß im Wege ſtehen. Der Gläubiger könnte nämlich, da die condictio an ſich begründet iſt, auf jenen Satz nur excipiendo ſich berufen, er müßte ſeinerſeits alſo ein Recht gegen die Klage opponiren, dem gegenüber in der Klaganſtellung ſeitens des Klägers ein doloſes Verhalten läge. Welches Recht ſollte dieſes nun ſein? Das Forderungsrecht ſelbſt könnte es nicht ſein, denn dies ſoll ja erſt mit dem Eintritt des dies entſtehen; zur Zeit des Excipirens würde es alſo dem mit der Condictio belangten, erſt künftigen Gläubiger noch gar nicht zuſtehen, er würde alſo gar kein Exceptionsrecht haben, alſo nicht excipiren können. Jenes von Unger angenommene Recht auf den Erwerb der Forderung mit Eintritt des dies könnte es aber auch nicht ſein. Denn ein Recht auf den künftigen Erwerb einer compenſabeln Gegenforderung iſt ſelbſt noch kein compenſabeles Gegenrecht, kann mithin als exceptio compensationis, worauf ſich doch die Worte des Paulus in L. 8. pr. cit. beziehen, zur Zeit, d. h. vor Eintritt des dies noch nicht benutzt werden. Der von Paulus in L. 10. D. de cond. indeb. ausgeſprochene Ausſchluß der condictio indebiti erſcheint hiernach als ein ſicherer Beweis dafür, daß nicht blos der practiſchen ſondern auch der rein juriſtiſchen Auffaſſung nach ſchon mit dem Setzen des dies die beabſichtigte Obligation entſteht.

Die hier aufgeſtellte Auffaſſung der betagten Obligationen liegt auch in folgenden Stellen ausgeſprochen:

L. 70. D. de solut. et lib. 46. 3. Celsus:

„Quod certa die promissum est, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur."

L. 41. §. 1. D. de V. O. Ulpianus:

„— apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.“

Sie zeigen, wie die diei adjectio lediglich den Schuldner berechtigt, alſo das Recht des Gläubigers zunächſt und unmittelbar nicht berührt. Dieſer iſt Gläubiger vom dies cedens an, der Schuldner von dieſem Augenblick an Schuldner, nur daß ihm die Berechtigung zuerkannt iſt, bis zum dies venit ſich Befreiung durch Zahlung zu verſchaffen, wann er will — totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur —, ein Recht, das mit Eintritt des dies veniens wieder fortfällt.

Iſt nun die von mir gegebene Auslegung der in Betracht kommenden Stellen und die von mir vertheidigte Auffaſſung der diei adjectio die richtige, wie ich glaube, ſo können damit auch leicht jene andere Stellen, wo mit Bezug auf betagte Obligationen geſagt wird: ante diem peti non potest, ante diem exigi non potest, ante diem non debetur, leicht in Einklang gebracht werden.

Sie können nur bezogen werden auf den practiſchen Erfolg, der eintritt, wenn der Schuldner der vor dem dies veniens angeſtellten Klage gegenüber ſich excipiendo auf das für ihn aus der diei adjectio erwachſende Recht beruft und damit die Klage zurückſchlägt. Inſofern dies Reſultat bei früherer Klaganſtellung unausbleiblich iſt, kann wohl geſagt werden, daß vor Eintritt des dies der Gläubiger eine Klage nicht hat, und der Schuldner noch nichts ſchuldet.

IV.

Die Beweislaſt und der Gegenſtand des Beweiſes[1]).

Die Exiſtenz eines Rechts im Augenblicke der Geltendmachung im Proceß iſt, wie früher gezeigt wurde, durch das Vorhandenſein der rechtserzeugenden Thatſachen einerſeits, und das Nichtvorhandenſein rechtshindernder und bezw. rechtsvernichtender Thatſachen andererſeits bedingt.

Damit nun der Richter im Endurtheile das Klagrecht als ein vorhandenes anerkennen kann, muß er zuvor die — juriſtiſche — Ueberzeugung von der Wahrheit und Wirklichkeit der dieſe Exiſtenz bedingenden Vorausſetzungen gewonnen haben.

Um dieſe Ueberzeugung zu gewinnen, iſt der Richter aber weder berechtigt, noch verpflichtet, der Wahrheit ex officio nachzuforſchen. Es iſt vielmehr auch hier das dem gemeinen Proceßrecht zu Grunde liegende Princip der Verhandlungsmaxime maßgebend, und hiernach hat der Richter eine Thatſache, deren Exiſtenz nicht ſchon juriſtiſch gewiß geworden iſt, nur dann als wahr und vorhanden anzuſehen, wenn ihm die Wirklichkeit derſelben von derjenigen Prozeßpartei, welcher die Nothwendigkeit des Beweiſens obliegt, *bewieſen* wird, d. h. wenn die beweispflichtige Partei mit den geſetzlich zuläſſigen und geeigneten Mitteln — *Beweismittel*, instrumenta, auxilia probandi: außergerichtliches Geſtändniß, Zeugenausſagen, Urkunden und Eid[2]) — dem Richter

---

[1]) Eine kurze Dogmengeſchichte über die Beweislaſt findet ſich bei Bethmann-Hollweg Verſuche S. 325 ffg.

[2]) Daß *Augenſchein*, *Notarietät*, *Präſumtionen* und *gerichtliches Geſtändniß* keine Beweismittel ſind, darüber vgl. *Wetzell* Syſt.

Gründe beibringt, welche gesetzlich geeignet sind, um darauf die Annahme zu stützen, daß die in Frage stehende Thatsache wahr sei.

Es fragt sich nun: *welche Partei hat im Proceß zu beweisen, welcher liegt die Beweislast* (onus, necessitas probandi) *ob?*

Diese Frage soll jetzt beantwortet, es sollen die Regeln aufgestellt werden, nach denen die Beweislast zu vertheilen ist.

Eine allgemeine Regel über Beweislast giebt zunächst *Paulus* in L. 2. D. de probat. 22. 3., indem er sagt:

„Ei incumbit probatio qui dicit, non, qui negat."

Diese Stelle dürfte aber wegen ihrer Allgemeinheit *für sich allein* wohl nicht geeignet sein, als Grundlage der Lehre von der Beweislast zu dienen, und sie ist auch in verschiedener Weise aufgefaßt worden. Zwei Auslegungen verdienen hier hervorgehoben zu werden.

Nach der einen soll darin als oberste Beweisregel der Satz ausgesprochen liegen, daß jede Prozeßpartei, welche eine Thatsache behaupte, diese auch zu beweisen habe, und nicht der Gegner, welcher diese Thatsache leugne.

Nach der andern soll darin nur gesagt sein, daß wer einen Anspruch erhebe, denselben zu beweisen habe, und nicht der Gegner, welche denselben leugne.

Nach der ersteren würde bei Vertheilung der Beweislast blos darauf zu sehen sein, von welcher Proceßpartei eine für die Entscheidung des Processes wichtige Thatsache behauptet ist; diese Partei würde dann dieselbe auch zu beweisen haben. Hierdurch würde aber das *Behaupten* als solches eine vorwiegende und selbständige Bedeutung im Processe bekommen, was, wie später sich zeigen wird, nicht richtig ist.

Nach der zweiten Auffassung würde der Gesichtspunkt maßgebend sein, daß jede Proceßpartei, die ein Recht geltend macht, aus diesem Grunde zu beweisen habe. Hiernach würden die zu beweisenden Thatsachen nur deshalb zu beweisen sein, weil sie

---

§. 21. Note 5. Ueber die Bedeutung der Ausdrücke: *Juristische Gewißheit* (certitudo juridica), *Beweismittel*, *Beweisgründe* (argumenta probandi) vgl. *Wetzell* a. a. O. *Linde* Civilproc. §. 234. 235. *Unger* §. 129. Note 2. 3. 3a.

Vorausſetzungen des erhobenen und zu beweiſenden Anſpruchs ſind.

Bei der Allgemeinheit der Worte des Paulus dürfte dieſe letztere Auffaſſung den Vorzug verdienen, um ſo mehr, da auch in anderen Stellen, welche über die Beweislaſt theils allgemeine, theils ſpecielle Entſcheidungen für einzelne Fälle geben, immer der Geſichtspunkt hervortritt, daß derjenigen Partei, welche ein Recht für ſich in Anſpruch nimmt, auch der Beweis obliege.

Dies gilt zunächſt von der klagweiſen Erhebung eines Anſpruchs, wie in folgenden Stellen ausgeſprochen iſt.

L. 12. D. de probat. Celsus:

„— Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit. —“

L. 21. eodem. Marcianus:

„Verius esse existimo, ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.“

L. 8. Cod. de probat. 4. 19. Diocletian. et Maximianus:

„Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.“

L. un. Cod. de proh. sequestr. 4. 4. Honorius et Theodosius:

„Quoties ex quo libet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat; oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari. Quam rem non tam juris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.“

Liegt hiernach der Grund des dem Kläger obliegenden Beweiſes darin, daß er einen Anſpruch erhebt, ſo muß nicht minder der Beklagte beweiſen, wenn er excipiendo einen Anſpruch erhebt. Denn er erſcheint ja, wie früher (S. 32.) gezeigt iſt, in Beziehung auf die exceptio als ein actor, und ausdrücklich ſagt Ulpian in L. 19. pr. D. de probat.:

„In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut insentionem

implere, utputa si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse."

Ebenso ist entschieden in L. 25. §. 1. eodem, wo es heißt, der excipirende Beklagte müsse beweisen, und zwar „secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, — haec ostendere exigit."

Dasselbe muß dann in weiterer Folge auch wieder vom Kläger und Beklagten gelten mit Beziehung auf Replikationen und Duplikationen, u. s. w. wenn in dieser Gestalt Rechte des Klägers bezw. des Beklagten geltend gemacht werden.

Wird nun der Beweis der Existenz eines Rechts erbracht durch den Beweis der thatsächlichen Voraussetzungen desselben, so müßte der Kläger, um die Existenz des Klagrechts zu beweisen, ein dreifaches beweisen, nämlich:

1., daß sämmtliche das fragliche Recht erzeugende Thatsachen vorhanden sind;
2., daß keine rechtshindernde Thatsache vorhanden war, und
3., daß das entstandene Recht durch keine rechtsvernichtende Thatsache wieder aufgehoben ist.

Dieser Beweis aber, das leuchtet auf den ersten Blick ein, wird selten erbracht werden können. Mag auch der Beweis der rechtserzeugenden Thatsachen ein leichter sein, immerhin wird aber ein Beweis der unter 2. und 3. gedachten Voraussetzungen in den meisten Fällen in das Gebiet des Unmöglichen gehören, da es einerseits der rechtshindernden und andererseits der rechtsvernichtenden Thatsachen im einzelnen Falle unendlich viele geben kann, und von jeder einzelnen bewiesen werden müßte, daß sie nicht eingetreten ist.

Es ist daher nicht mehr als billig, wenn das Recht im Interesse einer sonst nicht möglichen oder doch mit kaum überwindlichen Schwierigkeiten verknüpften Rechtshülfe die Last des Beweises für den Beweispflichtigen erleichtert, und auch dem Gegner, gegen den das Recht in Anspruch genommen wird, eine gewisse Mitwirkung und Thätigkeit bezüglich Ermittlung der Wahrheit der Voraussetzungen des erhobenen Anspruchs zugewiesen hat.

Dies ist aber dadurch geschehen, daß dem Gegner die Beweislast bezüglich aller negativ auf die Existenz des erhobenen Anspruchs einwirkenden Thatsachen, also der rechtshindernden einerseits, und der rechtsvernichtenden andererseits gesetzlich auferlegt ist.

Diese Regel, wie sie soeben gleich vorweg hingestellt ist, findet in den Quellen ihre Bestätigung, und es soll gleich hier diejenige Stelle besprochen werden, worin sie, die Regel, mehr generell ausgesprochen ist. In der L. 12. D. de probat. sagt nämlich Celsus:

„— Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed interdum probationes quaedam et a reo exiguntur. —„

Es wird anerkannt, daß zunächst den Kläger die Beweislast treffe; dann soll aber auch dem Beklagten Beweis obliegen. Daß nicht an den dem Beklagten obliegenden Beweis der Exceptio gedacht ist, geht aus den zur Erläuterung hinzugefügten Beispielen hervor. Diese Beispiele zeigen aber zugleich, daß der dem Beklagten obliegende Beweis zu beziehen ist auf die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen.

Das eine Beispiel — „nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est.“ — bezieht sich auf die Frage der Forteristenz der eingeklagten Forderung. Der Beklagte behauptet gezahlt zu haben, und leugnet damit die jetzige Existenz des Rechts, da die Zahlung ipso jure vernichtend auf den Bestand desselben einwirkt. Hier soll nicht der Kläger das Nichtgeschehensein der Zahlung beweisen, was er nach strenger Durchführung der Regel des Paulus müßte, sondern der Beklagte soll diese das Recht des Klägers vernichtende Thatsache beweisen.

Das andere Beispiel ist der Fall selbst, der in der Stelle zunächst entschieden werden soll. Es klagt nämlich Jemand gegen den Erben auf Auszahlung zweier Legate im Betrage von je 500. 500 waren als Legat im Testamente geschrieben und 500 in einem später errichteten Codicille. Der Beklagte leugnet den Anspruch des Klägers auf das zweite Legat, indem er behauptet, der Erblasser habe durch die codicillarische Disposition das im Testamente geschriebene Legat nur wiederholen, also nicht von Neuem

legiren wollen. Hatte nun der Teſtator in Wirklichkeit dieſen blos auf Wiederholung des früheren Legats gerichteten Willen, ſo konnte durch die codicillariſche Diſpoſition, die abgeſehen hiervon geeignet war, einen Anſpruch auf das Legat zu begründen, zu erzeugen, ein Recht auf dies Legat nicht hervorgebracht werden. Der auf bloße Wiederholung des frühern Legats gerichtete Wille des Erblaſſers, wie er vom Beklagten behauptet iſt, war demnach ein Hinderniß der ſonſt begründeten Entſtehung des zweiten Legatsanſpruches, und hier ſoll nicht der Kläger die Abweſenheit, ſondern der Beklagte die Anweſenheit des Hinderniſſes beweiſen — „et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare debet judici.“ —

Dieſe Regel, wonach der Beklagte die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatſachen zu beweiſen hat, kann zunächſt als eine Ausnahme von der Beweisregel des Paulus angeſehen werden. Aber einmal eingeführt, um eine Rechtshülfe möglich zu machen, iſt ſie ſelbſt wieder genereller und ſelbſtſtändiger Natur geworden, wie dies aus den mancherlei Entſcheidungen, die in den Quellen ſich finden, und die weiter unten zur Beſprechung kommen werden, deutlich genug hervorgeht. Bezüglich der rechtsvernichtenden Thatſachen wird in L. 25. §. 2. D. de probat. ſelbſt von einer generalis regula geſprochen, „quae eos, qui — solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.“

Dadurch iſt aber auch der dem Kläger obliegende Beweis in engere Grenzen gebracht, indem er jetzt nur noch die rechtserzeugenden Thatſachen zu beweiſen hat.

Es bleibt nun noch übrig, das Verhältniß dieſer verſchiedenen dem Kläger und Beklagten obliegenden Beweiſe zu einander feſtzuſtellen.

Die erſte Grundlage der Rechtsentſtehung bilden die rechtserzeugenden Thatſachen. Die Exiſtenz dieſer muß alſo auch zunächſt feſtgeſtellt werden. Iſt dies geſchehen, dann wird weiter gefragt werden können, ob die Wirkung jener Thatſachen nicht durch anderweite — rechtshindernde — Thatſachen gehindert iſt. Muß auch dieſe Frage bejaht werden, dann entſteht die letzte Frage, ob das entſtandene Recht nicht ſchon wieder aufgehoben iſt.

Hiernach ergiebt sich folgendes Verhältniß der Beweise zu einander.

Zunächst hat der Kläger den Beweis der rechtserzeugenden Thatsachen zu erbringen. Geschieht dies nicht, so kann von der Nothwendigkeit etwaiger Beweise des Beklagten keine Rede sein, da jetzt schon feststeht, daß es dem beanspruchten Rechte an der ersten nothwendigen Grundlage mangelt, und der Beklagte wird freigesprochen nach dem Grundsatze: Actore non probante reus absolvitur. [5]).

Wird dagegen jener Beweis erbracht, so kommt die Reihe des Beweisens an den Beklagten, und zwar hat er zunächst zu beweisen, daß die Rechtsentstehung durch irgendwelche rechtshindernde Thatsache gehindert ist. Erbringt er diesen Beweis, so steht es jetzt schon fest, daß das beanspruchte Recht trotz des Vorhandenseins der rechtserzeugenden Thatsachen niemals zur Entstehung gekommen ist, und es kann deshalb auch von einem Beweise etwaiger rechtsvernichtender Thatsachen keine Rede mehr sein. Wird dagegen jener Beweis nicht erbracht, so hat der Richter die Existenz von Hindernissen der Rechtsentstehung nicht anzunehmen, er hat also den rechtserzeugenden Thatsachen die durch anderweite Thatsachen nicht gehinderte Rechtswirkung zuzuerkennen, und das beanspruchte Recht als entstanden anzusehen. Entsteht nun jetzt die weitere Frage, ob das entstandene Recht wieder aufgehoben ist, so wird, aber nur erst jetzt ein dem Beklagten obliegender Beweis solcher Thatsachen nothwendig, welche das Recht aufzuheben geeignet sind.

Die Nothwendigkeit der dem Beklagten obliegenden Beweise ist demnach bedingt durch Erbringung des dem Kläger obliegenden Beweises, und die dem Beklagten obliegenden Beweise verhalten sich in der Weise zu einander, daß ein Beweis rechtsvernichtender Thatsachen nur dann erst denkbar ist, wenn ein Beweis rechtshindernder Thatsachen entweder nicht unternommen, oder wenngleich unternommen, doch mißlungen ist.

Aus dem bis jetzt Gesagten geht zur Genüge hervor, daß praesumtiones juris, wie man sie oft dahin gehend aufge-

---

[5]) Vgl. L. 4. in fin. Cod. de edendo 2. 1. L. 2. Cod. de probat. 4. 19.

ſtellt hat: es werde, wenn die regelmäßigen Vorausſetzungen der Entſtehung eines Rechts bewieſen ſind, präſumirt, daß Hinderniſſe der Entſtehung deſſelben nicht im Weg ſtanden, daß das einmal entſtandene Recht noch fortbeſtehe, und daß deßhalb dem Beklagten, der dennoch das Gegentheil behaupte, dies beweiſen müſſe, um jene Präſumtionen zu entkräften, hier gar nicht Platz greifen*). Es ſind ganz generelle Beweisregeln, wonach der Beweis unter den Parteien zu vertheilen iſt. Beide ſind zu beweiſen verpflichtet, wenngleich ſelbſtverſtändlich in der durch die Natur der Sache gebotenen Reihenfolge.

Die Grundſätze, wie ſie bis jetzt mit beſonderer Beziehung auf den Beweis der actio dargeſtellt ſind, gelten folgeweiſe auch vom Beweiſe der exceptio; der Excipient hat als „actor in exceptione“ die ſein Exceptionsrecht erzeugenden, und der Kläger als Beklagter der Exceptio gegenüber die die Entſtehung derſelben hindernden und bezw. die entſtandene Exceptio vernichtenden Thatſachen zu beweiſen. Und ganz dieſelben Regeln gelten ferner, wenn Rechte in Geſtalt von Replicationen oder Duplikationen u. ſ. w. zur Geltung im Proceß gebracht werden.

Bei den bislang entwickelten Grundſätzen über die Beweislaſt kann ſelbſtverſtändlich darauf nichts ankommen, wenn etwa die von der einen oder andern Partei zu beweiſende Thatſache eine Negative ſein ſollte. Stützt z. B. der Vindicant den Erwerb ſeines Eigenthums auf Occupation, ſo gehört, wie ſchon in einem frühern Abſchnitte (S. 14.) geſagt iſt, zu den rechtserzeugenden Thatſachen unter anderen auch die, daß die fragliche Sache zur Zeit der Occupation herrenlos war. Dieſe Herrenloſigkeit der Sache erſcheint als eine Negative, nämlich als Negation der Thatſache, daß ſie im Eigenthum einer beſtimmten Perſon ſtand, aber dennoch iſt dieſe Negative vom Kläger zu beweiſen, da ſie ein *weſentliches* Erforderniß des Eigenthumserwerbes durch Occupation iſt, und es kann nicht dem Gegner, der jene Negative beſtreitet, indem er etwa behauptet, daß jene Sache zur Zeit der Occupation im Eigenthum einer beſtimmten andern Perſon geſtanden habe, der Beweis dieſer — poſitiven — Behauptung aufgebürdet werden.

*) Vgl. auch Gerber S. 12 ffg. Unger §. 123. beſ. Note 27.

Die gegentheilige Ansicht kann auch nicht, wie wohl versucht ist, auf Quellenzeugnisse gestützt werden, in denen es heißt: „factum negantis per rerum naturam nulla est probatio“. Denn hiermit soll weiter nichts gesagt werden, als was schon aus den bisherigen Erörterungen folgt, daß nämlich, wenn der Beweis einer Thatsache, z. B. einer rechtserzeugenden, nothwendig wird, nicht dem diese Thatsache bestreitenden Gegner, z. B. dem Beklagten der Beweis obliegt, und dies ist auch ganz natürlich, da sonst die obersten Regeln über Beweislast dadurch gänzlich umgekehrt würden.

Daß dies der Sinn jener Worte ist, zeigt am deutlichsten die L. 23. Cod. de probat. Diocletiam et Maxim.:

„Actor quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.“

Es handelt sich hier nämlich um den dem Kläger obliegenden Beweis, also um den Beweis der rechtserzeugenden Thatsachen. Diese sind unter den Worten: „quod asseverat.“ zu verstehen. Es wird nun gesagt, daß wenn Kläger etwa erklärt, er könne seine asseverationes, d. h. die von ihm behaupteten rechtserzeugenden Thatsachen nicht beweisen, dadurch nicht der Beklagte, welcher die Unwahrheit der asseverationes des Klägers behaupte, verpflichtet werde, diese seine Negation auch zu beweisen. Und als Grund wird angeführt, daß der, welcher ein Factum leugne, überall nicht verpflichtet sein könne, die Nichtexistenz jenes Factums zu beweisen.

Die ganze Stelle und besonders auch der Schluß derselben enthält also eigentlich eine Bestätigung der oben über die Beweislast aufgestellten Regeln.

Das was von dieser Stelle gilt, kann auch von den andern gesagt werden, wo jene Ausdrucksweise: „factum negantis per rerum naturam nulla est probatio.“ sich findet, namentlich von der L. 10. Cod. de non num. pec. 4. 30, c. 5. in fin. X. de renunt. 1. 6., c. 23. X. de elect. et elect. potest. 1. 6. und von c. 11. 12. X. de probat. 2. 19. [5]).

Kann hiernach eine Aenderung in der Beweislast dadurch nicht

[5]) Vgl. über diese Stellen besonders Weber Beweisführg. §§. 9—16.

bewirkt werden, daß eine Thatsache eine Negative ist, so ist doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß es oft sehr schwierig ist, festzustellen, ob eine Negative als rechtserzeugende Thatsache zum Beweisgebiete des Klägers, oder ob ihr Gegentheil als rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache in das Beweisgebiet des Beklagten gehört. Es hängt dies mit der oft sich einstellenden Schwierigkeit der Scheidung der Voraussetzungen eines Rechts in rechtserzeugende Thatsachen einerseits, und rechtshindernde und bezw. rechtsvernichtende andererseits zusammen.

Darum muß aber auch, wenn anders eine Darstellung der Lehre von der Beweislast fruchtbringend sein und eine einigermaßen sichere Entscheidung in Zweifelsfällen ermöglichen oder doch erleichtern soll, der Beurtheilung der Thatsachen eine größere Aufmerksamkeit zugewandt werden. Ich werde dieser Aufgabe zu genügen suchen, indem ich weiter unten auf Grund der in den Quellen über Beweislast gegebenen Entscheidungen eine Mehrheit rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen darstellen werde. Dabei werden auch die meisten über die Beweislast sich findenden Controversen nach den hier festgestellten Beweisregeln entschieden werden.

Mit der bis jetzt gegebenen Beantwortung der Frage, wer im Proceß zu beweisen habe, ist zugleich auch die andere Frage beantwortet, was Gegenstand des Beweises ist. Die eine Frage kann losgetrennt von der andern gar nicht beantwortet werden.

Als Gegenstand des Beweises erscheinen hiernach aber, um dies noch einmal kurz hervor zu heben, für den Kläger die rechtserzeugenden, für den Beklagten die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen [6]). Es sind also immer nur Thatsachen der Gegenstand

---

Bayer Vortr. S. 685 ffg. Ueber die sonst dem Satze: Negantis factum etc. beigelegte Bedeutung und den damit in Verbindung aufgestellten Satz: »Negativa non sunt probanda« vgl. Bethm.-Hollweg Versuche S. 327 ffg. und Unger §. 129. Note 16. 20.

[6]) Immerhin sind diese Thatsachen im Processe aber nur unter der Voraussetzung, daß sie bestritten sind, Gegenstand eines dem Kläger bezw. dem Beklagten obliegenden Beweises. Wird nun eine von der Partei, welcher es obliegt, behauptete Thatsache dadurch bestritten, daß sie von der Gegenpartei

des Beweises, und zwar Thatsachen, denen durch das Recht im objectiven Sinne eine bestimmte rechtliche Wirkung beigelegt ist, eine Wirkung, die bestehen kann in der Erzeugung eines Rechts, in der Hinderung der Entstehung dieses Rechts, in der Vernichtung eines entstandenen Rechts.

Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit des oft aufgestellten, an zu großer Allgemeinheit leidenden Satzes, daß alle im Processe behaupteten, auf die Entscheidung des Streites Einfluß habenden Thatsachen von den Parteien bewiesen werden müssen, so das namentlich auch die behauptete, vom Richter nicht gekannte und von der Gegenpartei geleugnete Existenz eines bestimmten Rechtssatzes, z. B. eines localen Gewohnheitsrechtes, oder die behauptete und von der Gegenpartei geleugnete Publication eines Gesetzes als Thatsachen Gegenstand eines Beweises seien.

---

geleugnet wird, so wird sie auf der andern Seite, wenn gerichtlich gestanden, nicht bestritten und eines Beweises nicht bedürftig. Die gerichtlich gestandene Thatsache wird daher nicht Gegenstand eines dem Behauptenden obliegenden Beweises, und daher kann auch das gerichtliche Geständniß nicht als ein Beweismittel aufgefaßt werden. Vgl. Wetzell Syst. §. 19. §. 21. Note 5. Linde §. 256.

Ebensowenig kann auch die notorische (rechtserzeugende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende) Thatsache Gegenstand eines Beweises sein. Denn die Notorietät einer Thatsache besteht eben in der Eigenschaft derselben, daß sie durch Leugnen nicht streitig und daher eines Beweises nicht bedürftig gemacht werden kann. Wie die gerichtlich gestandene Thatsache eine unbestrittene ist, so ist die notorische Thatsache eine unbestreitbare, und als solche braucht sie nicht mehr bewiesen zu werden — notorium non eget probatione. — Als notorische Thatsachen sind nach Wetzell System §. 20. S. 117.) zu betrachten:

a) „solche fortdauernde Thatsachen, welche der Richter unmittelbar mit seinen Sinnen (Augenschein) wahrzunehmen im Stande ist, namentlich auch Willensacte, die sich in schriftlicher Form verkörpert haben."

b) „gerichtliche, und eben deshalb dem Richter aus eigener Wissenschaft bekannte Vorgänge — sog. Gerichtskundigkeit — mögen sie nun in Verfügungen des Gerichts bestehen, oder von andern Personen vollzogen sein, sofern sie nur, wie es unser Geschäftsgang erfordert, durch protocollarische Aufzeichnung dem Gedächtniß des Gerichts erhalten sind."

c) „solche Thatsachen, von denen dem Richter officielle Kunde durch die Staatsbehörden gegeben wird — sog. Volks-

Wahr ist allerdings, daß die Existenz und Publikation eines Gesetzes Thatsachen sind, und wahr ist ferner, daß diese Thatsa-

---

kundigkeit —, wie die Verhältnisse der Landesorganisation, der Landesverwaltung, des Staatsdienerpersonals, u. s. w.

d) „gewisse Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntniß ein Gemeingut aller verständigen Menschen ist, und dessalb auch dem Richter nicht erst durch Beweis gegeben zu werden braucht — sog. Menschenkundigkeit. —"

Die gerichtlich gestandene und notorische Thatsache machen also, jene als unbestrittene, diese als unbestreitbare einen Beweis überflüssig. Ein Gleiches kann nicht gesagt werden von derjenigen Thatsache, für deren Wahrheit eine Rechtsvermuthung streitet, sei es eine einfache, widerlegbare, praesumtio juris, oder eine qualificirte, unwiderlegbare, praesumtio juris et de jure. Denn wenn das Wesen der Rechtsvermuthung darin besteht, daß der Richter diejenige Thatsache, wofür die Rechtsvermuthung streitet, kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift dann als wahr annehmen soll, wenn gewisse andere Thatsachen wahr sind, so müssen immerhin erst diese vorauszusetzenden Thatsachen gewiß sein oder durch Beweis zur juristischen Gewißheit erhoben werden, wenn die andere Thatsache als wahr angenommen werden soll. Eine rechtserzeugende, rechtshindernde, rechtsvernichtende Thatsache, für welche eine Rechtsvermuthung existirt, muß daher, falls nicht schon die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsvermuthung gewiß sind wie jede andere noch ungewisse Thatsache dem Kläger bezw. dem Beklagten zum Beweise verstellt werden, und es muß nunmehr ihnen überlassen werden, ob sie diese Thatsache unmittelbar, oder ob sie die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsvermuthung beweisen wollen. Nach erbrachtem Beweise dieser Voraussetzungen würde dann der Richter ohne weiteres die zu präsumirende Thatsache als wahr anzunehmen haben. Niemals würden aber diese Voraussetzungen selbst unmittelbar zum Beweise verstellt werden können, da nicht diese, sondern die zu präsumirende rechtserzeugende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache den Gegenstand des Beweises bilden. Würde ein Beweis bezüglich der Voraussetzungen der Rechtsvermuthung auferlegt, so würde darin eine Beschränkung der beweispflichtigen Partei liegen, da ihr dadurch die Möglichkeit genommen würde, die Thatsache, welche eigentlich den Gegenstand der Beweislast ausmacht, unmittelbar selbst zu beweisen. Mit Recht sagt Unger im §. 130. S. 581.: „Die Rechtsvermuthungen befreien die beweispflichtige Partei von der Beweislast nicht, wie man gewöhnlich behauptet, sondern erleichtern ihr dieselbe nur, indem sie ihr gestatten, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz dann auf die Existenz jener geschlossen wird." Vgl. über Rechtsvermuthungen überhaupt den trefflichen Aufsatz Unger's in. s. System a. a. O. (Eine widerlegbare Rechtsvermuthung, praesumt. juris ist eine solche, welche den Gegenbeweis zuläßt, daß trotz der Wahrheit der Voraussetzungen der ge-

chen von Einfluß ſind auf die Entſcheidung des Streites; denn wenn das behauptete locale Gewohnheits-Recht nicht exiſtirt, auf Grund deſſen ein Anſpruch erhoben wird, ſo exiſtirt dieſer Anſpruch ſelbſt nicht, und ebenſowenig exiſtirt ein ſolcher, wenn er auf ein Geſetz geſtützt wird, das noch nicht publicirt iſt. Denn ſo lange dies nicht der Fall iſt, exiſtirt noch keine bindende Norm, kein Geſetz.

Aber dennoch ſind dieſe Thatſachen nicht Thatſachen im proceſſualiſchen Sinne. Denn das Weſen einer Thatſache in dieſem Sinne beſteht, wie ſchon geſagt iſt, darin, daß ſie durch einen ſchon vorhandenen Rechtsſatz zur Vorausſetzung einer rechtlichen Folge, ſei es nun der Erzeugung, oder der Hinderung der Entſtehung, oder der Vernichtung eines entſtandenen Rechts gemacht iſt. Thatſache in dieſem Sinne ſetzt die Exiſtenz eines Rechtsſatzes voraus, durch dieſen erhält ſie erſt jene Bedeutung. Der Rechtsſatz als das Normirende enthält blos die Verknüpfung jener Wirkung, der rechtlichen Folge mit dieſer Thatſache.

Da nun als Gegenſtand eines Beweiſes nur eine Thatſache vorkommen kann, inſofern ihr durch das poſitive Recht die Wirkung beigelegt iſt, das in Frage ſtehende Recht zur Entſtehung zu bringen, oder dieſe Entſtehung zu hindern, oder das entſtandene Recht zu vernichten, und da andererſeits die Kenntniß und Anwendung des poſitiven Rechts dem Richter zuſteht — „Jura novit curia.“ „Narra mihi factum, ego tibi narrabo jus“ —, ſo kann ſchon um deswillen von einer Verbindlichkeit dieſer oder jener Partei, dem Richter die Exiſtenz eines Rechtsſatzes oder Publikation eines Geſetzes zu beweiſen, in der Weiſe, wie ſie verpflichtet ſind, die rechtserzeugenden, bezw. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatſachen zu beweiſen, keine Rede ſein.

Auch kann die entgegengeſetzte Anſicht nicht geſtützt werden auf Geſetze, wie die L. 5. pr. D. de probat. 22. 3., wo Paulus ſagt:

ſetzlich für ſtattnehmig erklärte Schluß auf die Wahrheit der zu beweiſenden Thatſache im conkreten Falle nicht zuläſſig iſt. Dieſer Beweis iſt gegen über einer praesumtio juris et de jure nicht möglich, und darin beſteht der Charakter derſelben als einer unwiderlegbaren. Selbſtverſtändlich kann hier aber ein Gegenbeweis geführt werden gegen die Wahrheit der Vorausſetzungen der Rechtsvermuthung).

„Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter lege vel constitutione, id probari oportere.“

und L. 19. §. 2. eodem, wo Ulpian sagt:

„Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo, quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet objicientem exceptionem.“

In beiden Stellen ist nicht im allerentferntesten von einer Verbindlichkeit die Rede, Rechtssätze zu beweisen, vielmehr handelt es sich in ihnen blos um Beantwortung der Frage, wer zu beweisen habe.

Was zu beweisen ist, wird gar nicht entschieden, ergiebt sich aber von selbst. Es muß nämlich ein factisches Verhältniß bewiesen werden, welches unter das dem Richter wohl bekannte Ausnahmsgesetz fällt.

Mit der Ansicht, daß Rechtssätze nicht wie Thatsachen in der besondern processualischen Bedeutung des Wortes Gegenstand des den Parteien obliegenden Beweises im Civilprocesse sind, stimmt denn auch Cap. 44. X. de appell. 2. 28. überein, wo es heißt: „—quum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes necessariae non existunt.“

Können nun aber dennoch Fälle eintreten, wo dem Richter die Kenntniß dieses oder jenes im Proceß in Betracht kommenden Rechtssatzes nicht zugemuthet werden kann, wie bei ausländischem oder particularem Gewohnheitsrecht, so kann allerdings nicht mit Unrecht von der sich darauf stützenden Partei verlangt werden, daß sie dem Richter in der Auffindung und Erforschung desselben behülflich sei, und ihm insbesondere Mittel an die Hand gebe, aus denen er die nothwendige Ueberzeugung von der Existenz des in Frage stehenden Rechtssatzes schöpfen könne. Aber die hierauf gerichtete Beweisthätigkeit der Partei, wenn man überhaupt den Ausdruck beweisen, probare dafür gebrauchen will, ist doch wesentlich verschieden von der Beweisthätigkeit derselben bezüglich der rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Denn während in letzterer Beziehung der Richter dermaßen an die Beweisthätigkeit der Parteien gebunden ist, daß er, wenn Beweise nicht erbracht werden, jene Thatsachen einfach als nicht

eingetreten, als nicht existent zu betrachten hat, und nicht verpflichtet ist, sich durch eigene Forschung von der Wahrheit derselben zu überzeugen, so verhält es sich damit wesentlich anders beim Beweise von Rechtssätzen. Der Richter soll einmal das Recht kennen, oder doch, wo dies aus zufälligen Gründen nicht erwartet werden kann, sich die Kenntniß desselben verschaffen. Dazu ist er vermöge seines Berufes verpflichtet. Wenn es nun ausnahmsweise nothwendig wird, daß die eine oder andere Partei ihm Gründe für die Existenz des von ihr behaupteten Rechtssatzes beibringe, so überhebt ihn das nicht der eigenen Prüfung und Nachforschung, zu der er ohnehin schon verpflichtet ist, und hier kann denn der Fall eintreten, daß die Partei, von der Beweis gefordert ist, nichts beweiset, während der Richter sich anderweit die nothwendige Kunde verschafft. Wollte man nun den Beweis des Rechtssatzes und den Beweis von Thatsachen identificiren, so würde der Richter solchen Falls den durch die Parteien nicht bewiesenen Rechtssatz als nicht existent betrachten müssen, was doch wohl Niemand behaupten wird.

Eine Ausnahme von der Regel, daß Rechtssätze nicht wie Thatsachen bewiesen zu werden brauchen, macht die constitutio specialis s. personalis als Voraussetzung eines Privilegiums. Hier sind „abstractes Gesetz und dessen concrete Verwirklichung als Befugniß oder Verbindlichkeit nicht zu unterscheiden.“ „Das Gesetz hat sogleich die Concretion als Recht, und das Recht ist unmittelbar mit dem Gesetz vorhanden, macht dessen ganzen Inhalt aus, steht und fällt mit ihm.“ [7]). Darum ist hier auch die constitutio personalis als rechtserzeugende Thatsache zu betrachten und von dem Kläger, der ein Privilegium geltend macht, zu beweisen.

---

[7]) Vgl. Kierulff S. 54.

V.

Der materielle und formelle Klaggrund. Die Allegationsverbindlichkeit der Parteien, beſonders des Klägers.

Den Inbegriff der die Exiſtenz des Klagrechts im Augenblick der proceſſualiſchen Geltendmachung bedingenden Vorausſetzungen kann man als den materiellen oder civilrechtlichen Klaggrund bezeichnen [1]). Zu demſelben gehört alſo einerſeits die Exiſtenz der rechtserzeugenden, und andererſeits die Nichtexiſtenz rechtshindernder und bezw. rechtsvernichtender Thatſachen.

Das heutige Proceßrecht [2]) geſtattet nun eine Geltendmachung von Privatrechten nicht in der Weiſe, daß zunächſt blos das angeblich zuſtändige Recht vor Gericht behauptet, die thatſächlichen Vorausſetzungen deſſelben aber erſt nach etwa erfolgter Negation des Rechts ſeitens des Proceßgegners mitgetheilt werden, vielmehr fordert daſſelbe, daß mit der Behauptung des Rechts dem Richter zugleich diejenigen thatſächlichen Vorausſetzungen mitgetheilt werden, auf welche das Recht als die geſetzliche Folge geſtützt werden ſoll.

Davon machen auch, wie freilich oft unter Berufung auf Stellen des römiſchen und canoniſchen Rechts, z. B. L. 14. §. 2. D. de except. rei judicatae 44. 2. und cap. 3. in 6to de sententia et re judicata 2. 14. behauptet wird, die actiones in rem keine Ausnahme. Denn, wie Planck a. a. O. ganz richtig be-

---

[1]) Vgl. Gerber §. 7. (S. 25.).

[2]) Vgl. Planck Beweisurtheil §. 29. J. R. Abſch. §. 34.

merkt, haben „wir es hier mit einer deutschen Proceßeinrichtung zu thun, welche durch das fremde Recht nicht hat verdrängt werden können“ [3].

An sich müßte daher der Kläger bei Erhebung der Klage alle diejenigen thatsächlichen Voraussetzungen behaupten, die den sog. materiellen Klaggrund bilden.

Wenn nun aber, wie im vorigen Abschnitte gezeigt ist, das vom Kläger behauptete Recht als jetzt existirend angesehen werden muß, wenn einerseits der ihm obliegende Beweis der rechtserzeugenden Thatsachen erbracht ist, und andererseits vom Beklagten rechtshindernde und bezw. rechtsvernichtende Thatsachen nicht bewiesen sind, so folgt daraus, daß es an sich ganz gleichgültig ist, ob der Kläger die Abwesenheit aller denkbaren rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen behauptet hat, oder nicht. Denn auch wenn er dies behauptet hat, so kann dadurch eine Aenderung in der Beweislast nicht im Mindesten hervorgebracht werden, es bleibt vielmehr nach wie vor Sache des Beklagten, jene negativ auf die Existenz des Klagerechts einwirkenden Thatsachen zu beweisen [4].

Hiernach kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Verbindlichkeit des Klägers, gleich bei Erhebung der Klage die thatsächlichen Voraussetzungen derselben mitzutheilen, sich nicht auf diejenigen Thatsachen erstreckt, bezüglich welcher dem Beklagten Be-

---

3) Vgl. auch J. R. Absch. §. 34. Bayer Vortr. S. 531. Unger §. 123. Note 19.

4) Hier zeigt sich recht deutlich die Unhaltbarkeit der oft aufgestellten Beweisregel, daß nämlich jede Partei die von ihr behaupteten Thatsachen zu beweisen habe, wenn sie überhaupt nur relevant sein. Denn darnach müßte, wenn Kläger mehr behauptet hat, als ihm nach den oben aufgestellten Regeln zu beweisen obliegt, ihm auch der Beweis dieses mehr behaupteten obliegen, wenn es überhaupt nur relevant ist, wie es der Fall ist, wenn er die Abwesenheit einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache behauptet hat. Diese Consequenz würde richtig sein, wenn das Behaupten eine selbständige Bedeutung für die Beweislast hätte, was nicht der Fall ist. Das Behaupten gewinnt eine Bedeutung für die Beweislast erst durch die Eigenschaft der behaupteten Thatsache als einer entweder rechtserzeugenden, oder rechtshindernden oder rechtsvernichtenden

weis obliegt. Dies würde auch für den Kläger faſt ebe unmöglich ſein, als wenn er bezüglich dieſer Thatſachen pflichtig ſein ſollte, was nicht der Fall iſt. Es beſtimmt ſ nach die Allegationsverbindlichkeit des Klägers n ihn treffenden Beweislaſt, ſo daß er nur verpflichtet iſt, die erzeugenden Thatſachen zu behaupten [5]).

Wenn man nun gewöhnlich ſagt, der Kläger ſei verp bei Erhebung der Klage den Grund derſelben, den Klagg mitzutheilen, ſo kann darunter jedenfalls nicht der ſog. ma elle Klaggrund verſtanden werden, weil derſelbe mehr i begreift, als nach dem Vorhergehenden vom Kläger anzuſi und zu beweiſen iſt. Will man daher dennoch den Aus Klaggrund zur Bezeichnung deſſen beibehalten, was vom ger zu behaupten und zu beweiſen iſt, ſo kann man in dieſer Beziehung im Gegenſatze zu dem materiellen Klaggrunde paſſend von einem formellen oder proceſſualiſchen Klaggrunde ſprechen. Denn proceſſualiſch kann als Grund der Klage nur das in Betracht kommen, was vom Kläger, um ſeinen Anſpruch als begründet erſcheinen zu laſſen, auch zu beweiſen iſt, und wenn Kläger dieſen Klaggrund mitgetheilt hat, dann hat er ſeine Klage genügend ſubſtantiirt. Die dieſen Klaggrund bildenden — rechtserzeugenden — Thatſachen, welche man auch Klagthatſachen nennt, ſind es, welche den ſog. hiſtoriſchen Klaggrund und den Inhalt der Geſchichtserzählung im Klagevortrage bilden [6]).

---

[6]) Vgl. Unger §. 123. Note 9. — Gerber S. 26. iſt gegen die im Text ausgeſprochene Anſicht, daß der Beweisverbindlichkeit des Klägers die Allegationsverbindlichkeit deſſelben entſpreche, allein ohne Grund, wie aus dem im Text Geſagten zur Genüge hervorgeht. Nur wird der Kläger ſehr oft über dieſe Grenze hinausgehen, um den Richter durch dieſe Allegationen pro coloranda causa eine klarere Anſchauung über das in Frage ſtehende Rechtsverhältniß zu verſchaffen, als dies möglich iſt, wenn er die Grenzen ſeiner Allegationsverbindlichkeit ſtreng beobachtet. Hiervon wird weiter unten noch die Rede ſein.

[5]) In dem Texte ſind die ſonſt wohl in Lehrbüchern gebrauchten Ausdrücke: fundamentem agendi proximum, remotum, intermedium und causa petendi vermieden, weil über ihre Bedeutung die größte Uneinigkeit herrſcht, und weil ſie auch vollſtändig entbehrt werden können. Vgl. darüber Bayer Vortr. S. 535 ffg. Unger §. 123. Note 40.

Nach dieser Begrenzung der Allegationsverbindlichkeit des Klä-
ers kann jetzt auch die des Beklagten genauer angegeben werden.
ie kann sich, wie das aus dem bis jetzt Gesagten schon folgt,
ur beziehen auf die rechtshindernden und rechtsvernichtenden That-
chen. Es hängt freilich zunächst lediglich von ihm ab, ob er
berhaupt solche Thatsachen geltend machen will, so zwar, daß,
enn er dies nicht thut, der Richter nach der Verhandlungsma-
ime von selbst solche Thatsachen nicht zu berücksichtigen hat. Wählt
: aber einmal diesen Weg der Vertheidigung, dann genügt nicht
ie allgemein hingestellte Behauptung, daß der Entstehung des
echts Hindernisse im Wege standen, oder daß das entstandene
echt bereits wieder erloschen ist, vielmehr ist er verpflichtet, *be-
stimmte* Thatsachen anzuführen, die er als rechtshindernd oder
rechtsvernichtend ansehen und angesehen wissen will. Wie näm-
lich der Richter durch die sofortige Mittheilung der Klagthatsachen
seitens des Klägers in den Stand gesetzt werden soll, zu prüfen,
ob diese Thatsachen im vorliegenden Falle als rechtserzeugende zu
betrachten sind, ob also der Klagantrag *substantiirt*, und damit
die Möglichkeit weiteren Verfahrens und einer etwaigen eventuellen
Beweisauflage an den Kläger gegeben ist, so soll er durch das
Vorbringen des Beklagten die Möglichkeit der Prüfung erhalten,
ob und welche Thatsachen derselbe in rechtshindernder oder rechts-
vernichtender Eigenschaft geltend machen will, ob und welche That-
sachen demselben eventuell zum Beweise zu verstellen sind.

Es bezieht sich demnach der Satz: „Narra mihi factum, ego
libi narrabo jus.“ nicht einseitig auf das Verhältniß des Klägers
zum Richter, sondern auch auf das des Beklagten, wenn er in
dieser seiner Eigenschaft eine Rücksichtnahme auf rechtshindernde
und bezw. rechtsvernichtende Thatsachen beansprucht, wenn er dar-
auf seinen Antrag auf Freisprechung von der erhobenen Klage
stützt.

Wenn man nun sagt, der Richter habe die *Relevanz* der
von den Parteien vorgebrachten Thatsachen zu prüfen, so kann
unter Relevanz nichts weiter verstanden werden, als die Eigen-
schaft der fraglichen Thatsachen als rechtserzeugender und bezw.
rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen. Für den Klä-
ger sind nur die rechtserzeugenden Thatsachen relevant; sie sind es,
welche seinen Anspruch begründen, und die Bitte um Verurthei-

lung des Beklagten processualisch als gerechtfertigt erscheinen lassen, vorausgesetzt natürlich, daß jene relevanten Thatsachen im fernern Verlaufe des Processes auch als juristisch gewiß sich erweisen.

Eben so sind aber auch rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen relevante Thatsachen auf Seite des Beklagten. Denn wenn die von ihm vorgebrachte Thatsache in dem in Frage stehenden Falle den Charakter einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache hat, so erscheint, die Wahrheit dieser Thatsachen vorausgesetzt, das Klagrecht als nicht vorhanden, und die Bitte des Beklagten um Freisprechung von der erhobenen Klage als begründet.

Die dem Richter obliegende Prüfung der Relevanz der beiderseitigen Behauptungen besteht demnach in weiter nichts, als in der auf Grund des positiven Rechts anzustellenden Untersuchung, ob den vom Kläger vorgebrachten Thatsachen die Wirkung zuerkannt ist, das von ihm beanspruchte Recht zur Entstehung zu bringen, und ferner ob den vom Beklagten vorgebrachten Thatsachen die rechtliche Wirkung zukommt, die Entstehung des beanspruchten Rechts zu hindern, und bezw. das einmal entstandene Recht zu vernichten.

Sache der Parteien ist es also, die Bitte um Verurtheilung des Gegners bezw. Freisprechung von der erhobenen Klage durch Mittheilung thatsächlichen Materials genügend zu substantiiren, und Sache des Richters ist es, die Relevanz dieses thatsächlichen Materials mit Beziehung auf die Parteianträge des Klägers und des Beklagten zu prüfen.

Das Gebiet, worauf die Parteienthätigkeit, und dasjenige, worauf die richterliche Thätigkeit sich zu bewegen hat, sind demnach streng geschieden. Daraus folgt aber:

1. Daß die Parteien nicht verpflichtet sind, dem Richter in Gestalt von Rechtsdeductionen Gesichtspunkte zur rechtlichen Beurtheilung der von ihnen als rechtserzeugend bezw. rechtshindernd oder rechtsvernichtend vorgebrachten Thatsachen vorzutragen, wenngleich die Befugniß dazu ihnen auch nicht genommen ist. Immerhin sind aber diese Rechtsdeductionen nicht bindend für den Richter, der vielmehr nach wie vor selbständig zu prüfen verpflichtet ist, ob die von den Parteien vorgebrachten Thatsachen die ihnen

von denselben beigelegten bezüglichen Eigenschaften haben, oder nicht. Gleicherweise kann selbstverständlich nicht von einer Verbindlichkeit der Parteien die Rede sein, dem Richter die Rechtssätze zu allegiren, in Gemäßheit welcher sie die vorgebrachten Thatsachen als rechtserzeugend bezw. rechtshindernd oder rechtsvernichtend betrachtet wissen wollen, wenngleich auch hierzu die Befugniß ihnen nicht bestritten werden kann. Ja sehr oft wird eine derartige Allegation durch ihr eigenes Interesse geboten sein, besonders wenn es sich um solche Rechtssätze handelt, deren Kenntniß dem Richter nicht so ohne Weiteres zugemuthet werden kann, wie es der Fall ist bei ausländischem Recht oder bei localem Gewohnheitsrecht. Es sind dies die Fälle, wo nach dem, was am Schluß des vorigen Abschnittes gesagt wurde, derjenigen Partei, die sich auf solchen Rechtssatz beruft, in gewisser Beziehung auch der Beweis desselben obliegt. Wenn hier die Partei denjenigen Rechtssatz, auf den sie die Wirksamkeit der von ihr vorgebrachten Thatsache stützen will, nicht allegirt, so wird der Richter, wenn er denselben nicht zufällig kennen sollte, ihn auch nicht berücksichtigen können.

Unumgänglich nothwendig ist aber die Allegation des Rechtssatzes dann, wenn derselbe in einer constitutio personalis, und das beanspruchte Recht in einem auf jener beruhenden Privilegium besteht, aus demselben Grunde, wonach, wie am Schluß des vorigen Abschnittes (S. 61.) gesagt ist, die constitutio personalis wie jede andere Thatsache Gegenstand eines Beweises dessen ist, der sich darauf stützt[7]).

2. Auf der andern Seite ist aber auch der Richter weder berechtigt noch verpflichtet, in das Gebiet der in Mittheilung des thatsächlichen Materials bestehenden Parteienthätigkeit hinüber zu greifen, und namentlich ist es ihm nicht gestattet, in

---

[7]) Vgl. auch Bayer S. 526. — Man hat den oder die Rechtssätze, welche den Klagthatsachen die Eigenschaft und Wirkung rechtserzeugender Thatsachen zuerkennen, wohl oft als Rechtsgrund, rechtlichen Grund der Klage, fundamentum agendi remotum im Gegensatz zu proximum bezeichnet, unter welchem letztern man dann den Inbegriff der eigentlichen Klagthatsachen versteht. Allein diese Bezeichnungen sind, wie schon in Note 6. hervorgehoben ist, vollständig entbehrlich.

dem Vortrage der einen oder andern Partei Thatsachen zu suppliren, wenn sie von jener selbst nicht behauptet sind, vielmehr hat sich seine richterliche zunächst blos prüfende und beurtheilende Thätigkeit blos auf Grund des von den Parteien mitgetheilten thatsächlichen Materials zu bewegen. Damit ist aber keineswegs eine etwaige Interpretation der Parteivorträge ausgeschlossen, zu welcher der Richter nicht blos berechtigt, sondern vielmehr auch verpflichtet ist [8]).

Ich will hier jetzt noch einige Bemerkungen über den Klagevortrag folgen lassen.

Es ist gesagt, Kläger solle darin die rechtserzeugenden oder Klagthatsachen mittheilen, damit der Richter in den Stand gesetzt werde, prüfen zu können, ob, die Wahrheit derselben vorausgesetzt, und unter der ferneren Voraussetzung, daß vom Beklagten rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen nicht behauptet oder nicht bewiesen worden, das vom Kläger beanspruchte Recht existire oder nicht.

Durch diesen Zweck ist die Art und Weise der Darstellung der Klagthatsachen bedingt.

Zudem bestimmt der J. R. Absch. §. 34., der Kläger solle im Klagevortrage „das Factum kurtz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar, auch da ihme beliebt, oder der Sachen Weitläufftigkeit und Umständen es erforderten, Puncten-weise“ verfassen und ausführen, „mit angehenckter Conclusion und Bitte.“

---

[8]) Vgl. Planck Beweisurth. §. 30. — Nicht zu übersehende Interpretationsregeln geben z. B. L. 66. D. de judic. 5, 1. L. 13. D. de reb. dub. 34. 5. L. 172. §. 1. D. de Reg. Jur. 50. 17. L. un. Cod. ut quae desunt advocatis part., judex suppleat.. 2. 20.; dagegen nicht das Cap. 6. X. de judic. 2. 1. vgl. Briegleb Einl. in d. Theorie der summar. Proc. §. 7.

Zunächst versteht es sich demnach von selbst, daß es der Mittheilung der Klagthatsachen nicht an der nöthigen Detaillirung und Specialisirung fehlen darf [9], damit der Richter mit Sicherheit erkennen kann, welche besondern Thatsachen der Kläger im Auge hat, welchen besondern Anspruch derselbe der richterlichen Cognition unterbreiten will. So würde es z. B. nicht genügen, wenn als Klagthatsache bei der Vindication ganz allgemein behauptet würde, die Sache, welche Beklagter besitze, sei von dem Kläger usucapirt. Denn hier wäre noch ungewiß, ob der Kläger sich auf die ordentliche oder außerordentliche Usucapion stützen will. Aber auch wenn er von vornherein, und zwar ebenfalls ganz allgemein, die ordentliche Ersitzung behauptet hätte, so wäre bei der großen Manchfaltigkeit der die ordentliche Usucapion begründenden factischen Momente, besonders der Titel, daraus schlechterdings noch nicht zu erkennen, auf welche einzelnen Thatsachen er die behauptete Usucapion stützen will, und doch muß der Richter dies wissen, um beurtheilen zu können, ob etwa die ordentliche Usucapion begründet ist.

Ebenso würde es bei der hereditatis petitio jedenfalls nicht genügen, wenn vom Kläger ganz allgemein behauptet würde, daß das in Frage stehende Erbrecht ihm deferirt sei. Denn wenn auch mit diesem Ausdruck im Allgemeinen die Voraussetzungen jenes Rechts angezeigt sind, so sind diese doch selbst wieder so manchfaltig, daß der Richter aus der allgemein hingestellten Behauptung, es habe eine Delation stattgefunden, noch gar nicht entnehmen kann, ob Kläger die Delation aus einem Testamente, oder nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge, oder aus einem Erbvertrage vor Augen hat. Der eine oder andere Delationsgrund müßte mithin vom Kläger behauptet sein, wenn anders seine hereditatis petitio als genügend substantiirt angesehen werden soll. Würde die Klage, ohne in dieser Weise substantiirt zu sein, vom Richter zugelassen, so würde das zur Folge haben, daß bei erfolgender Negation des Beklagten dem Kläger der Beweis nur dahin auferlegt werden könnte, daß ihm deferirt sei. Um aber dies beweisen zu können, würde er jetzt jedenfalls mit einem bestimmten Delationsgrunde hervortreten müssen, und damit würde

[9] Vgl. Planck Beweisurtheil §. 29.

die Operation des Behauptens der Thatsachen, die soweit als möglich mit dem Schluß des ersten Verfahrens beendet sein soll, in der Beweisinstanz erst beginnen, und dadurch zu Weiterungen Anlaß geben, die vermieden sein würden, wenn gleich von vornherein ein bestimmter Delationsgrund als eine das Erbrecht erzeugende Thatsache behauptet wäre.

Auf der andern Seite braucht aber auch die Detaillirung nicht soweit zu gehen, daß unter den mitgetheilten Klagthatsachen sich gar keine mehr finden dürfen, die weiter in thatsächliche Momente zu zerlegen gar nicht mehr möglich wäre. Eine solche subtile Zergliederung würde häufig kaum möglich sein, und auch wenn dies der Fall wäre, zu unendlichen Weitläufigkeiten führen, so namentlich dann, wenn allgemein feststehende, und im gewöhnlichen Verkehr bekannte und als solche gebrauchte Rechtsbegriffe, wie Kauf, Tausch, Miethe, u. s. w. in der Weise zergliedert würden, daß die einzelnen factischen Momente aufgezählt würden, aus denen Kauf, Tausch, Miethe u. dgl. bestehen. Der Gebrauch derartiger Rechtsbegriffe wird genügen, um damit zugleich die diesen Rechtsbegriff bildenden einzelnen Momente bezeichnet zu haben. Nur müssen es Rechtsbezeichnungen sein, mit denen ein bestimmter concreter Begriff verknüpft ist, so daß darüber ein Zweifel nicht obwalten kann, welche thatsächlichen Verhältnisse damit bezeichnet werden sollen.

Hiernach würde, wenn es sich um Klagen aus Rechten handelt, deren Entstehung außer den zunächst auf Hervorbringung dieses Rechts gerichteten Thatsachen noch die Existenz eines anderweiten Rechtsverhältnisses als der Grundlage der Wirksamkeit jener Thatsachen voraussetzt, sei es auf Seite des Inhabers des Rechts, oder auf Seite eines andern, dessen Thätigkeit zur Hervorbringung jenes Rechts nöthig war, nicht genügen, wenn neben der speciellen Behauptung jener zunächst nothwendigen Thatsachen die Existenz des vorauszusetzenden Rechtsverhältnisses nur ganz allgemein behauptet würde, ohne daß zugleich die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung dieses Rechtsverhältnisses mitgetheilt wären.

Dahin gehören zunächst die Klagen aus dinglichen Rechten an fremden Sachen — actio confessoria, hypothecaria, emphyteuticaria, superficiaria, — deren Entstehung, wenn dieselbe auf

ein Rechtsgeschäft gestützt wird, außer diesem noch voraussetzt, daß derjenige, der durch dies Rechtsgeschäft eine Sache mit dem in Frage stehenden dinglichen Rechte belastet haben soll, auch Eigenthümer der zu belastenden Sache war, und ferner, wenn es sich um eine Realservitut handelt, daß der, welcher dieselbe für irgend ein Grundstück durch Rechtsgeschäft erworben haben will oder soll, auch das erforderliche Eigenthum an diesem Grundstücke hatte.

Consequenterweise müßte Kläger hier nicht blos den Entstehungsact, also das Rechtsgeschäft behaupten, sondern auch die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung des erforderlichen Eigenthums. Nur dann erst wäre die Klage gehörig substantiirt, d. h. es wären alle diejenigen Thatsachen vom Kläger behauptet, die ihm im Beweisinterlocut zum Beweise verstellt werden müssen.

Aber man betrachtet es gewöhnlich als genügend, wenn die Existenz des Eigenthums nur ganz allgemein behauptet worden ist, und man kann dies auch, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß die Auflösung des Anspruchs in seine thatsächlichen Voraussetzungen in der ersten Periode des Verfahrens nur soweit nöthig sei, als der Richter dadurch in den Stand gesetzt werden müsse, „mit einiger Sicherheit zu erkennen, daß die Behauptung vorhandener Proceßrechte einen realen Inhalt habe, sich auf ein im Leben wirklich existirendes Rechtsverhältniß stütze“ [10]). Es würde dann die Existenz des Eigenthums nur ganz allgemein zum Beweise verstellt werden können, und um diesen zu erbringen, würden nun die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung bewiesen werden müssen.

Die Operation des Behauptens würde aber damit zum großen Theile in das Beweisverfahren verlegt werden, was meines Erachtens nicht statthaft ist, und darum ist es richtiger, schon im Klagevortrage die Mittheilung der den Erwerb des in Frage stehenden Eigenthums bedingenden Thatsachen zu verlangen.

Wie in den eben besprochenen Fällen ein dingliches Rechtsverhältniß, das Eigenthum, so kann in andern Fällen auch ein persönliches Rechtsverhältniß das vorauszusetzende Erforderniß der Entstehung des in Frage stehenden Rechts sein. Dahin gehören z. B. die actio hypothecaria, die actio constitutoria, die Klagen

---

[10]) Vgl. Planck Beweisurth. S. 261. (§. 29).

gegen den Bürgen u. s. w. Hier wird es jedenfalls nicht genügen, wenn das vorauszusetzende Verhältniß ganz allgemein angeführt würde, vielmehr wird dasselbe seiner individuellen Beschaffenheit nach angegeben werden müssen, und dies wird nicht geschehen können, ohne zugleich die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung desselben mitzutheilen. Denn bei der außerordentlichen Verschiedenheit der persönlichen (obligatorischen) Rechtsverhältnisse wird der Richter durch die allgemein hingeworfene Behauptung, daß z. B. dem Pfandrecht, dem Constitutum oder der Bürgschaft, woraus geklagt werde, eine (principale) Forderung von 100 zu Grunde liege, gewiß nicht in die Lage gesetzt werden, zu beurtheilen, um welches concrete Rechtsverhältniß es sich handelt, wie es der Fall ist, wenn aus einem dinglichen Recht geklagt und vom Kläger ganz allgemein behauptet ist, daß das in Frage stehende Recht von dem Eigenthümer der Sache, woran das dingliche Recht behauptet wird, bestellt sei. Denn der Begriff des Eigenthums ist immer derselbe, mag dessen Entstehung auf diesen oder jenen Erwerb gestützt werden. Die Individualität des persönlichen Rechts dagegen [11]) bestimmt sich wesentlich durch dessen Entstehungsgrund, so daß ohne Angabe desselben schlechterdings nicht erkannt werden kann, ob es sich um eine Forderung aus einem Darlehen, oder aus einem Kauf-, Mieth-, oder aus irgend einem anderen persönlichen Rechtsverhältnisse handelt. Darum muß aber auch, wenn aus einem Pfandrecht, Constitutum oder Bürgschaft geklagt wird, der Kläger durch Mittheilung des Entstehungsgrundes diejenige Forderung genau individualisiren, für welche ein Pfandrecht oder Bürgschaft bestellt, oder ein Constitutum eingegangen ist.

Nach diesen kurzen Bemerkungen über die nothwendige Specialisirung der Klagthatsachen drängt sich jetzt eine andere Frage auf, ob es nämlich nothwendig sei, daß im Klagevortrage die Klagthatsachen immer so direct und unmittelbar behauptet und bezeichnet werden müssen, daß sie in dieser Gestalt ohne Weiteres zum Beweise verstellt werden können, oder ob es genüge, wenn so viel thatsächliches Material mitgetheilt werde, daß der Richter aus dem-

---

[11]) Vgl. L. 14. §. 2. D. de exc. rei jud. 44, 2.

selben, wenngleich nur mittelbar, aber dennoch mit Sicherheit erkennen kann, ob und welche rechtserzeugende Thatsachen der Kläger vor Augen hat?

Ohne Zweifel muß letzteres wohl als genügend angesehen werden. Denn einmal läßt sich nicht verkennen, daß es oft sehr schwierig sein würde, die Klagthatsachen gleich so darzustellen, wie sie eventuell zum Beweise zu verstellen sein würden.

Dann steht ja auch dem Richter die Befugniß und die Verpflichtung zur Interpretation wie der Parteivorträge überhaupt, so insbesondere des Klagvortrages zu, und darnach ist der Richter nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet, zu prüfen, welche Thatsachen der Kläger als rechtserzeugende hat behaupten wollen. Ist nun thatsächliches Material genug mitgetheilt, um jene Prüfung mit Sicherheit vornehmen zu können, und ergiebt dann die angestellte Prüfung ein sicheres Resultat, so wäre nicht abzusehen, warum hier nicht der Klagantrag als genügend substantiirt angesehen werden sollte. Diese Prüfung giebt dann dem Richter zugleich an die Hand, welche Thatsachen er als rechtserzeugende dem Kläger zum Beweise zu verstellen hat. Keineswegs könnten hier jene vom Kläger angeführten Thatsachen zum Beweise verstellt werden. Denn sie sind ja gewissermaßen nur Erkennungsmittel der rechtserzeugenden Thatsachen, und dem Kläger liegt nicht der Beweis solcher Thatsachen ob, aus denen erkannt werden kann, ob jene rechterzeugenden Thatsachen vorhanden sind, vielmehr sind diese letztern nach den aufgestellten Beweisregeln selbst und unmittelbar Gegenstand des Beweises, den Kläger allerdings durch den Beweis anderweiter Thatsachen erbringen kann, wenn die bewiesene Existenz dieser auch jene als existent erscheinen läßt. Dann würde auch die Beweisauflage bezüglich jener anderweiten Thatsachen eine unstatthafte Rechtsbeschränkung für den Kläger enthalten, denn damit wäre derselbe auf den Beweis dieser Thatsachen beschränkt, während, wenn die rechtserzeugenden selbst zum Beweise verstellt wären, ihm freie Wahl zustände, wie er solche beweisen wollte. Fälle der beschriebenen Art, wo die rechtserzeugenden Thatsachen nicht unmittelbar, sondern statt deren andere behauptet werden, als wodurch jene mittelbar behauptet erscheinen, gehören in der Praxis nicht zu den Seltenheiten, kommen

vielmehr täglich vor, und erfordern daher eine besondere Beachtung. Weiter unten (VIII. 7. 8.) werden einzelne Fälle noch besonders besprochen werden.

Zum Schluß dieses Abschnittes bleibt noch des Falles Erwähnung zu thun übrig, wenn der Kläger bei Mittheilung des thatsächlichen Materials die Grenze des zum processualischen Klagegrunde Gehörigen überschreitet, und über Thatsachen sich ausläßt, die in das Gebiet der rechtshindernden oder rechtsvernichtenden gehören, oder auch nicht einmal diesen Character haben.

Solche Allegationen pro coloranda causa, wie man sie wohl zu nennen pflegt, werden oft durch das Interesse des Klägers geboten sein, um nämlich dadurch den Richter in den Stand zu setzen, sich eine klare Anschauung des die Grundlage des Rechtsstreites ausmachenden Rechtsverhältnisses zu verschaffen, was oft nicht möglich ist, wenn die Grenze der Allegationsverbindlichkeit genau innegehalten wird.

Es ist dann die besondere Aufgabe des Richters, zu prüfen, was zum processualischen Klaggrunde gehört, um in der Vertheilung der Beweislast keine Fehlgriffe zu machen. So wird sehr oft bei Anstellung persönlicher Klagen vom Kläger besonders behauptet, daß Beklagter noch nicht geleistet habe. Hier ist es leicht erkennbar, daß das Nichtgeleistethaben nicht zum processualischen Klagegrunde gehört, daß vielmehr die geschehene Leistung, falls der Beklagte solche behauptet, von diesem zu beweisen ist. Ebensowenig Schwierigkeit macht auch die oft in Klagschriften sich findende Bemerkung (clausula monitoria), daß wiederholter Mahnung unerachtet der Schuldner noch nicht geleistet habe, daß eine Mahnung geschehen, aber erfolglos geblieben sei. Zur Entstehung des Klagrechts an sich gehört die Mahnung nicht, und eine hierauf gerichtete Behauptung des Klägers muß daher als überflüßig und unwesentlich betrachtet werden.

Anders freilich, wenn der Kläger eine mora debitoris behauptet, und, um diese als vorhanden erscheinen zu lassen, eine Mahnung des Schuldners behauptet. Dann ist diese Behauptung allerdings wesentlich, weil ohne dies sein Anspruch auf die Folgen der mora als nicht substantiirt angesehen werden müßte [12]). Es

[12]) Vgl. Bayer, S. 533. 534.

können aber Fälle eintreten, wo die Scheidung des Materials nicht so einfach erscheint, und da ist dann für den Richter Anwendung besonderer Vorsicht dringend geboten, um nicht dem Kläger Beweise aufzubürden, zu denen er gar nicht verpflichtet ist [15]).

[15]) Ueber die Frage, wie es zu halten ist, wenn der Kläger im Klagevortrage anticipando die Existenz einer einzelnen oder mehrerer rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen zugesteht, vgl. das im folgenden und im letzten Abschnitte Gesagte.

VI.

Die Verschiedenheit der Negationen des Klagrechts durch den Beklagten und Vergleichung einzelner Arten derselben mit den Exceptionen.

Die Negation des Klagrechts durch den Beklagten wurde oben, wo von der Verschiedenheit der Negationen und Exceptionen im Allgemeinen die Rede war, als die Behauptung desselben bezeichnet, daß das vom Kläger beanspruchte Recht nicht existire, und zwar in dem Augenblicke der jetzigen processualischen Geltendmachung nicht existire. Dies Negiren kann nun seitens des Beklagten in sehr verschiedener Weise geschehen, eine Verschiedenheit, die jetzt dargestellt werden soll.

Ich setze eine Klage in der Weise angestellt voraus, daß Kläger den processualischen Klaggrund nach den im vorigen Abschnitt aufgestellten Regeln mitgetheilt, und darauf die Bitte um Anerkennung seines Rechts und bezw. um Verurtheilung des Beklagten gestützt hat. Hier eröffnet sich für den Beklagten eine dreifache Möglichkeit, die Existenz des Klagrechts zu leugnen. Er kann nämlich:

1. Die Wahrheit des processualischen Klaggrunds leugnen. Damit ist auch die Existenz des Rechts geleugnet; denn dasselbe kann gar nicht als entstanden gedacht werden, wenn es an der ersten nothwendigen Grundlage der Rechtsentstehung, an der Existenz der rechtserzeugenden Thatsachen mangelt. Es liegt also ein Leugnen des Klagrechts vor, geschehen durch ein Leugnen der Existenz der rechtserzeugenden Thatsachen, ein Leugnen, welches den Kläger in die Nothwendigkeit des Beweisens versetzt.

2. Der Beklagte kann unter dem Zugeständniß der Wahrheit des processualischen Klagegrundes bestimmte Thatsachen als Hindernisse der Rechtsentstehung für den Kläger behaupten. Es kann dies auch in der Weise geschehen, daß er zunächst den processualischen Klaggrund leugnet, und damit nur eventuell, d. h. für den Fall des künftig vom Kläger erbrachten Beweises der Klagthatsachen, jene Behauptung verknüpft. Diese Behauptung rechtshindernder Thatsachen ist Negation des Klagrechts; denn wenn die behauptete rechtshindernde Thatsache wahr ist, so kann trotz der Wahrheit der Klagthatsachen das Klagrecht nicht entstanden sein, also auch jetzt nicht existiren. Die rechtshindernde Thatsache, durch deren Behauptung die Existenz des Klagrechts geleugnet wird, muß vom Beklagten bewiesen werden. Der Beklagte kann endlich

3. durch Behauptung bestimmter rechtsvernichtender Thatsachen die Existenz des Klagrechts leugnen, entweder in der Weise, daß er zuvor das frühere Entstandensein des Klagrechts zugiebt, oder auch so, daß er zuvor blos die Wahrheit der Klagthatsachen zugegeben, und die Existenz rechtshindernder Thatsachen behauptet hat. Hier kommt die Behauptung rechtsvernichtender Thatsachen erst dann in Betracht, wenn der ihm obliegende Beweis der rechtshindernden Thatsachen nicht erbracht ist. Er kann zuvor auch die Wahrheit der Klagthatsachen geleugnet, eventuell rechtshindernde, und in fernerer Eventualität rechtsvernichtende Thatsachen behauptet haben. Möglich ist auch, daß er die Klagthatsachen leugnet, und ohne rechtshindernde Thatsachen zu behaupten gleich eventuell die Behauptung rechtsvernichtender Thatsachen hinzufügt. Immerhin liegt aber in dieser Behauptung rechtsvernichtender Thatsachen ein Leugnen der jetzigen Existenz des Klagrechts. Selbstverständlich trifft hier den Beklagten die Beweislast.

Man kann, wenn man für diese verschiedenen Negationen bestimmte Bezeichnungen haben will, die erste eine absolute, die zweite und dritte dagegen eine relative nennen.

Savigny V. S. 153. und Helmolt Verh. d. Except. zur Beweislast, S. 209. bezeichnen blos die Behauptung rechtsvernichtender Thatsachen als relative Negation, während sie die beiden erstern Arten als absolute Negationen bezeichnen.

Mir ſcheint es zweckmäßiger zu ſein, die Negationen unter 2. und 3. mit gleicher Bezeichnung zu verſehen, da ihre Behandlung im Proceſſe eine ganz gleiche iſt.

Man begegnet nun nicht ſelten einem Sprachgebrauche, wonach dieſe ſog. relativen Negationen aus dem Grunde, weil ſie wie Exceptionen vom Beklagten behauptet und bewieſen werden müſſen, Exceptionen genannt werden.

Eine ungenaue Anwendung des Ausdrucks „exceptio“ findet ſich freilich ſchon in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern, und namentlich iſt derſelbe dort in einigen Fällen gebraucht, wo von einem von dem Beklagten gegen die Klage geltend zu machenden Rechte gar nicht die Rede ſein kann. An die verbale Form „excipere“ iſt hierbei nicht zu denken, da dies Wort von jeher nicht für gleichbedeutend mit Vorſchützen einer exceptio gegen eine actio angeſehen worden iſt[1]), ſondern nur an das Wort „exceptio“, welches in einzelnen Conſtitutionen des Codex für Einwendungen des Beklagten gebraucht wird, die nicht unter den Geſichtspunkt wirklicher Exceptionen fallen.

So ſpricht z. B. Juſtinian in L. 30. Cod. de jure dot. 5. 12. und L. un. cod. de usucap. transform. 7. 31. von einer „exceptio — per usucapionem inducta“, um damit den Einwand des mit der rei vindicatio belangten zu bezeichnen, er ſelbſt ſei Eigenthümer der vindicirten Sache durch Uſucapion geworden, ein Einwand, der weiter nichts iſt als die Behauptung einer das Eigenthumsrecht des Klägers vernichtenden Thatſache. Hier iſt alſo der Ausdruck exceptio gebraucht zur Bezeichnung eines Einwandes, der nichts weniger als eine wirkliche Exceptio des Beklagten iſt. Allein dieſer incorrecte Gebrauch jenes Wortes dürfte ſich wohl daraus erklären, daß die dem frühern römiſchen Rechte, angehörende longi temporis possessio gegenüber der rei vindicatio eine wirkliche exceptio s. praescriptio longi temporis erzeugte,

---

[1]) Vgl. über verſchiedene Bedeutungen des Wortes excipere Helmolt Verh. d. Exc. z. Bew. S. 162. Savigny V. §. 226. Note f. (S. 162).

und daß dies Institut Justinian bei Reformirung der Ersitzung vorgeschwebt hat [2]).

Eine andere incorrecte Anwendung des Ausdrucks exceptio findet sich in der L. 14. Cod. de contrah. et committenda stipul. 8. 38., wo von „testes undique idoneos et omni exceptione majores" gesprochen wird, indem auch hier von einer wirklichen Exceptio keine Rede sein kann.

Und ganz dasselbe gilt auch von der sog. exceptio non numeratae pecuniae des spätern Rechts, welche auch keine wirkliche Exceptio, sondern nur Beweiseinrede gegen Darlehnsscheine ist, während es allerdings im ältern Rechte eine wirkliche technische Exceptio gleichen Namens gab [3]).

Diesen und ähnlichen Beispielen sieht man sofort an, daß der Ausdruck exceptio ganz mißbräuchlich und in einem nicht technischen Sinne angewandt ist. Jedenfalls lassen solche Quellenzeugnisse einen ausgedehnteren Gebrauch des Ausdrucks exceptio, wenn man denselben einmal als technischen beibehalten will, noch nicht als gerechtfertigt erscheinen [4]).

Im Canonischen Rechte findet sich der Ausdruck exceptio ebenfalls über die ursprüngliche Grenze hinaus angewandt [5]), ohne daß indeß hieraus auf eine völlige Gleichstellung der Exceptionen und relativen Negationen geschlossen werden könnte [6]).

Die Glossatoren indeß verallgemeinerten die Anwendung des Ausdrucks „exceptio", indem sie darunter die sämmtlichen Vertheidigungsgründe des Beklagten zusammenfaßten. So wird

---

[2]) Vgl. Helmolt S. 281 ffg.

[3]) Vgl. hierüber Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten. S. 36. 78. 250 ffg. 283 ffg.

[4]) Vgl. Savigny V. S. 166. 167.

[5]) Vgl. z. B. cap. 6. X. de except. 2, 25.

[6]) Vgl. Helmolt S. 296 ffg., während dagegen Albrecht, die Exceptionen u. s. w. S. 128 annimmt, daß das canonische Recht mit dem Worte exceptio schon einen weitern Begriff verbunden habe. Dasselbe nimmt er aber auch schon für das Justinian. Recht an, für welches er (S. 108) den Begriff der except. dahin formulirt: „Except. heißt jede Einrede, welche einer Klage entgegengestellt wird", eine Begriffsbestimmung, die meines Erachtens zu allgemein und zu ungenau, und eine Folge seiner, wie mir scheint, unrichtigen Auffassung des Wesens der Exceptio im ältern römischen Recht ist.

z. B. in der Gloſſe zur L. 9. D. de except. 44. 1. ganz allgemein geſagt:

„Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem.“

und ebenſo in der Gloſſe zum cap. un. Clem. de except. 2. 20.:

„Exceptio est rei defensio, per quam ipse reus re defendit et tuetur ab actione“.

Sie unterſchieden dann zwiſchen exceptiones facti seu intentionis, quae rem ipso jure perimunt, und exceptiones juris seu actionis, quae rem ope exceptionis perimunt[7]), und verſtanden unter den erſteren ungefähr diejenigen Einwendungen des Beklagten, welche vorhin als relative Negationen bezeichnet wurden, unter den letztern dagegen die wirklichen Exceptionen, ohne daß ſie jedoch über die eigentliche Grenze zwiſchen beiden ſich recht im Klaren befanden. So wurden z. B. die exceptio transactionis, rei venditae et traditae, rei judicatae, compensationis u. a., die doch wirkliche Exceptionen ſind, zu den except. facti gezählt[8]).

Dieſe Eintheilung der Exceptionen mit den ihr ſchon damals anhaftenden Unklarheiten wurde auch von den deutſchen Juriſten mit der Reception des römiſchen Rechtes angenommen, wurde aber hier gar bald noch unklarer, ſo daß ſehr oft die Grundlage, auf welcher früher die Eintheilung beruhete, nicht mehr zu erkennen war, und daß diejenigen Wirkungen, welche früher der einen Klaſſe von Exceptionen zuerkannt waren, jetzt der andern Klaſſe beigelegt wurden[9]).

Dazu hatte man denn noch, nachdem ebenfalls ſchon die Gloſſatoren den Grund gelegt hatten[10]), den Begriff von negativen Exceptionen — exceptiones merae negationis — erfunden, um damit diejenigen Einwendungen des Beklagten zu bezeichnen, welche genauer betrachtet weiter nichts ſind als ein Leugnen des proceſſualiſchen Klaggrundes, und welche daher nicht den

---

[7]) Vgl. Albrecht S. 116 ffg.

[8]) Vgl. Albrecht S. 118 ffg. Siehe daſelbſt auch über die Folgen, die man aus dieſer Eintheilung zog, und über die Wirkungen, die den Exceptionen der einen und andern Gattung beigelegt wurden.

[9]) Vgl. Albrecht S. 170 ff.

[10]) Vgl. Helmolt S. 299 ff.

Beklagten, sondern der Natur der Sache nach den Kläger beweispflichtig machen, und deren besonderes Merkmal eben darin gefunden wurde, daß sie vom Beklagten nicht, wie jene Exceptionen bewiesen zu werden brauchen [11]).

Jene Eintheilung der Exceptionen in juris und facti exc. ist nun freilich allmählich aus Theorie und Praxis gänzlich verschwunden; aber jene gleichmäßige Bezeichnung der wirklichen Exceptionen und der relativen Negationen ist noch nicht ganz beseitigt, und ebenso findet man jetzt auch den Ausdruck exceptio noch oft für Einwendungen des Beklagten gebraucht, die weiter nichts sind als ein Leugnen des processualischen Klaggrundes.

Daß es gar nicht gerechtfertigt ist, im letztern Falle von Exceptionen zu sprechen, bedarf kaum eines Nachweises, da wirkliche Exceptio und Leugnen des processualischen Klaggrundes zwei ganz entgegengesetzte Dinge sind.

Es fragt sich aber, ob es gerechtfertigt sei, auch jene relativen Negationen, die den Beklagten beweispflichtig machen, Exceptionen zu nennen?

Um diese Frage beantworten zu können, wird es nothwendig sein, die relativen Negationen einerseits und die Exceptionen andererseits in Kürze mit einander zu vergleichen.

Bei dieser Vergleichung kann zunächst, was den Unterschied beider betrifft, auf das im zweiten Abschnitte über Verschiedenheit der Exceptionen und Negationen gegenüber dem Klagrecht Gesagte verwiesen werden, da ja die relativen Negationen unter die dort besprochenen Negationen des Klagrechts fallen.

Eine gewisse Aehnlichkeit zwischen beiden zeigt sich schon darin, daß in gewisser Beziehung den rechtshindernden Thatsachen diejenigen Exceptionsrechte, die sofort mit der Entstehung des Klagrechts entstanden sind, den rechtsvernichtenden Thatsachen diejenigen Exceptionen entsprechen, die erst in einem spätern Momente entstanden sind. Zu den Exceptionen der ersten Klasse gehören z. B. die exceptio rei venditae et traditae, exceptio metus, doli specialis, oft auch die exceptio doli generalis, wenn mit ihr Rechte geltend gemacht werden, die schon mit der Entstehung des Klagrechts entstanden waren, zu den Exceptio-

[11]) Vgl. Albrecht S. 172 ffg.

nen der zweiten Klasse die except. pacti de non petendo, rei judicatae, jurisjurandi, temporis u. a.

Aber die Aehnlichkeit ist doch nur eine scheinbare, die gegenüber der begrifflichen Verschiedenheit wieder ganz in den Hintergrund tritt; denn die rechtshindernde Thatsache hindert die Entstehung des Klagrechts, während das sofort entstandene Exceptionsrecht nur der Wirksamkeit des entstandenen Klagrechts hindernd in den Weg tritt, und ebenso beseitigt die rechtsvernichtende Thatsache das entstandene Klagrecht vollständig, während das später entstandene Exceptionsrecht ebenfalls nur ein Hinderniß der Wirksamkeit des annoch bestehenden Klagrechts bildet.

Diese Verschiedenheit der aus den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen einerseits und den Exceptionsrechten andererseits bestehenden Vertheidigungsgründe (defensiones) [12]) des Beklagten wird auch ganz richtig dadurch gekennzeichnet, wenn man sagt, ein Vertheidigungsgrund der ersten Art wirke ipso jure, eine Vertheidigung der letztern Art ope exceptionis [13]); denn wenn die vom Beklagten zu seiner Vertheidigung vorgeschützte rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache wahr ist, so hat Kläger gar kein Klagrecht, — „ipso jure actionem non habet“ —, während, wenn der Beklagte zur Vertheidigung sich auf ein ihm zustehendes Recht beruft, das allerdings vorhandene Klagrecht nur dem practischen Erfolge nach, ope exceptionis, als nicht vorhanden angesehen wird.

Das zeichnet daher die Exceptionen vor den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen aus, daß der in ihnen liegende Vertheidigungsgrund immer nur in einem Rechte des Beklagten besteht, und daß dies bei rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen niemals der Fall sein kann. Daraus folgt noch eine andere Verschiedenheit. Das der Exceptio zu Grunde liegende Recht unterliegt nämlich unter gewissen Voraussetzungen und Einschränkungen [14]) der Verjährung, und wenn dies der Fall ist, so verliert der aus dem Recht des Beklagten herzunehmende Verthei-

[12]) Dieser Ausdruck wird schon in den Römischen Quellen zur gemeinschaftlichen Bezeichnung der im Text gedachten (verschiedenen) Vertheidigungsgründe gebraucht. Vgl. Unger §. 124. Note 20 a. Wetzell §. 17.

[13]) Vgl. Wetzell §. 17.

[14]) Vgl. Unger §. 125. Note 40 ffg.

digungsgrund, wenn auch nicht ipso jure, so doch dem practischen Erfolge nach diese Bedeutung, indem die Wirksamkeit des annoch bestehenden Exceptionsrechtes durch eine replicatio temporis beseitigt werden kann. Von einer derartigen Beseitigung rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen kann selbstverständlich, da ihnen ein Recht des Beklagten nicht zu Grunde liegt, niemals die Rede sein.

Eine größere Aehnlichkeit zwischen den ipso jure und den ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgründen zeigt sich im heutigen Proceß. Es soll nämlich der Beklagte nach Vorschrift des §. 37. des J. R. A. mit der Erwiederung auf die Klagthatsachen zugleich miteinbringen, „was er darbey dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl, bei Straffe der Praeclusion."

Unter diese Bestimmung fallen aber die gedachten beiderlei Arten von Vertheidigungsgründen, die ipso jure und die ope exceptionis wirkenden [15]). Diese sollen also vom Beklagten, wenn derselbe diesen Weg selbständiger Vertheidigung gegen die Klage betreten will, gleichzeitig, auf einmal vorgebracht werden, widrigenfalls sie nicht zur Berücksichtigung gelangen sollen [16]).

Damit ist also die processualische Befugniß des Beklagten, sich gegen die angestellte Klage durch Vorschützung rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen, und die ebenfalls processualische Befugniß, auf ein Recht seinen Anspruch auf Freisprechung von der erhobenen Klage zu gründen, derselben Beschränkung im Processe unterworfen, und beide Befugnisse werden in gleicher Weise präcludirt, wenn sie nicht innerhalb der vom Richter zur Klagbeantwortung angesetzten peremtorischen Frist ausgeübt werden.

Allein trotz der hier hervortretenden Gleichstellung der beiderlei Vertheidigungsgründe tritt ihre begriffliche Verschiedenheit nicht in den Hintergrund. Denn einmal darf nicht übersehen werden, daß der processualischen Befugniß des Beklagten, sich excipiendo gegen eine Klage vertheidigen zu können, in der Gestalt der exceptio immer ein Privatrecht desselben zu Grunde liegt.

---

[15]) Vgl. Savigny V. §. 227. (S. 168), Albrecht S. 159 ffg.

[16]) Vgl. über die Fälle, in welchen ungeachtet des verspäteten Vorbringens die Präclusion doch nicht eintritt, Bayer §. 198. (S. 625.)

Steht nun über dies Recht dem Beklagten, wie über jedes andere Recht desselben die freie Disposition zu, so liegt in jener durch den §. 37. d. J. R. A. eingeführten Beschränkung der processualischen Vertheidigungsbefugniß in gewisser Beziehung auch eine Schranke der dem Beklagten über das Exceptionsrecht zustehenden Dispositionsfreiheit. Will er nämlich jenes Recht zum Zweck der Vertheidigung verwenden, so muß er dies innerhalb derjenigen Frist thun, die ihm der Richter in peremtorischer Eigenschaft zur selbständigen Vertheidigung anordnet, und thut er dies nicht, so kann er im fernern Laufe des Processes sich des ihm zustehenden Rechtes zum Zwecke selbständiger Vertheidigung nicht mehr bedienen. Den ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründen des Beklagten liegt aber ein solches Privatrecht des Beklagten nicht zu Grunde, und es kann daher selbstverständlich von einer Beschränkung der Dispositionsfreiheit nicht die Rede sein. Es handelt sich hier lediglich um eine processualische Befugniß des Beklagten, hervorgegangen aus der sog. Verhandlungsmarime, der gemäß der Richter etwaige rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen nur dann zu berücksichtigen hat, wenn sie vom Beklagten behauptet werden. Macht nun der Beklagte von dieser Befugniß keinen Gebrauch innerhalb der ihm zur Vertheidigung gesetzten peremtorischen Frist, so kann er im fernern Verlauf des Processes damit ebensowenig gehört werden, wie mit einer präcludirten Exceptio.

Kann nun ferner, und darin zeigt sich abermals eine noch bestehende Verschiedenheit der beiderlei Vertheidigungsgründe, ein Exceptionsrecht als Vertheidigungsgrund erst dann in Betracht kommen, wenn die Existenz des Klagrechts feststeht, so folgt daraus, daß im Processe, wenn der Bekl. von beiderlei Vertheidigungsgründen Gebrauch macht, zunächst die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe vor den Exceptionen den Gegenstand der Verhandlungen zu bilden haben. Erst wenn in Folge mißlungener Beweise des Bekl. die Nichtexistenz etwaiger rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen festgestellt ist, kann der Beklagte zum Beweise der das Exceptionsrecht erzeugenden Thatsachen zugelassen werden, und wenn umgekehrt der Beweis jener Thatsachen gelungen sein sollte, so bedarf es, da jetzt schon die Nichtexistenz des Klagrechts feststeht, eines Beweises der dem Exceptionsrecht zu Grunde liegenden Thatsachen nicht mehr.

Aus dieſer Verſchiedenheit folgt denn auch zugleich, daß, da nach §. 37. d. J. R. A. beiderlei Vertheidigungsgründe auf einmal vorgebracht werden ſollen, dies nur in der durch die Natur derſelben bedingten Eventualität geſchehen kann, ſo daß alſo die Exceptionen nur für den eventuellen Fall vorgebracht werden können, daß die zunächſt vorgetragenen ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe demnächſt ſich nicht als wahr herausſtellen ſollten. Dieſe Eventualität tritt auch wieder im Beweisinterlocute hervor. Hier iſt in eventueller Folge auf einmal der Beweis der rechtshindernden, dann der rechtsvernichtenden, und dann erſt der das Exceptionsrecht erzeugenden Thatſachen für den Bekl. zu normiren.

Eine weitere Verſchiedenheit tritt ferner dann hervor, wenn der Kläger im Klagevortrage, die Gränze ſeiner Allegationsverbindlichkeit überſchreitend, im Voraus die Exiſtenz etwaiger rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatſachen und Exceptionen zugiebt.

Es fragt ſich nämlich, ob der Richter befugt ſei, ex officio die im Voraus zugeſtandenen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatſachen einerſeits und Exceptionen andererſeits zu berückſichtigen, auch wenn der Beklagte auf dieſe Zugeſtändniſſe ſich nicht berufen ſollte. Bezüglich des erſteren Falles muß die aufgeworfene Frage entſchieden bejaht werden. Denn indem der Kläger gleich bei Erhebung der Klage ſolche Thatſachen einräumt, welche die Entſtehung des von ihm verfolgten Rechts zu hindern, oder das einmal entſtandene Recht ipso jure wieder aufzuheben geeignet ſind, giebt er ſelbſt die Nichtexiſtenz des Klagrechtes zu und er kann vernünftigerweiſe nicht erwarten, daß ihm ein Recht zugeſprochen werde, welches er zugeſtandenermaßen niemals gehabt, oder wenngleich einmal gehabt, ſo doch ſchon wieder verloren hat.

Von einer ex officio Berückſichtigung dieſer Thatſachen kann hier kaum einmal die Rede ſein [17]), vielmehr handelt es ſich blos

---

[17]) Vgl. Unger §. 124. Note 21, der zur Begründung der im Text vorgetragenen Anſicht mit Recht ſagt: „der Richter darf zwar nicht von Amtswegen Einreden (d. h. rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatſachen) berückſichtigen, aber er hat von Amtswegen juriſtiſche Logik zu üben.“

um Zurückweiſung eines durch gehörige Mittheilung des proceſſualiſchen Klagegrundes genügend ſubſtantiirten Klagantrags, dem der Kläger ſelbſt jede Wirkung nimmt, indem er im Voraus ſolche Thatſachen zugeſteht, die ſein Klagerecht wenigſtens als nicht entſtanden oder doch jetzt nicht mehr vorhanden erſcheinen laſſen. Solchenfalls ſollte der Richter gar nicht zu einer Mittheilung der Klage an den Beklagten ſchreiten, ſondern ſie ohne Weiteres zurückweiſen, weil der Kläger die gerichtliche Realiſirung eines Rechts beanſprucht, deſſen Nichteriſtenz er ſelbſt zugiebt [18]).

Anders iſt die aufgeworfene Frage zu beantworten bezüglich wirklicher Exceptionen. Das Exceptionsrecht iſt nämlich ein Privatrecht des Beklagten und ſeiner freien Diſpoſition wie jedes andere ihm zuſtehende Recht unterworfen. Der Richter kann einen Klagantrag, worin zugleich ein Exceptionsrecht des Beklagten zugeſtanden iſt, welches die Fähigkeit hat, die Wirkungen des Klagrechts zu hemmen und auszuſchließen, weder ohne Weiteres zurückweiſen, noch kann er, wenn der Beklagte in der Erwiederung auf die Klage auf dies Exceptionsrecht ſich nicht berufen ſollte, daſſelbe von Amtswegen berückſichtigen, da der Richter nicht weiß und nicht wiſſen kann, ob der Beklagte über dasjenige Recht, welches nach dem Geſtändniß des Klägers ihm zuſtehen ſoll, zum Zweck der Vertheidigung gegen die angeſtellte Klage diſponiren will oder nicht.

Darum kann der Richter auch nicht die exceptio temporis ſuppliren, wenn etwa aus der Geſchichtserzählung des Klägers ſchon die Verjährung des erhobenen Anſpruchs hervorgehen ſollte. Denn die Verjährung hebt das Klagrecht nicht ipso jure auf, ſondern erzeugt blos ein Exceptionsrecht für den Beklagten, wovon der Richter aber nicht wiſſen kann, ob der Beklagte ſich deſſelben zum Schutze gegen die Klage bedienen will.

Unrichtig iſt hiernach auch, was Wetzell, S. 394 ſagt: „Gehören — die dilatoriſchen Exceptionen — dem Civilrecht an, wie die Einrede der Stundung, die Retentionseinrede,

[18]) Wenn übrigens im ferneren Verlaufe des Proceſſes, z. B. durch die Beweisverhandlungen, die Exiſtenz rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatſachen hervortreten ſollte, ſo kann der Richter dieſelben als Entſcheidungsmaterial nicht mehr berückſichtigen, wenn ſie nicht vom Beklagten nach §. 37. des J. R. A. rechtzeitig vorgebracht worden ſind. Vgl. Unger S. 486.

die exceptio non adimpleti contractus, ſtellen ſie mithin die Klage als noch nicht entſtanden dar, ſo werden ſie, wenn in den Klaglibell eingeſchlichen, gleich den peremtoriſchen Einreden vom Richter ex officio ſupplirt.“ Denn den drei genannten Exceptionen liegt ein Privatrecht des Beklagten zu Grunde, von einem Nichtentſtandenſein des Klagrechts kann daher gar keine Rede ſein, da ein Exceptionsrecht überall ein entſtandenes Klagrecht vorausſetzt.

Der Unterſchied, wie er hier zwiſchen den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatſachen einerſeits und den Exceptionen andererſeits hervortritt, zeigt ſich folgeweiſe auch dann, wenn in den gedachten Fällen nach erfolgter Mittheilung der Klage an den Beklagten dieſer innerhalb der peremtoriſchen zur Klagbeantwortung angeſetzten Friſt ſich unthätig verhält. In dem erſten Falle, wo die Mittheilung der Klage an ſich ſchon unſtatthaft iſt, wo dieſelbe gleich hätte zurückgewieſen werden müſſen, müßte der Kläger nunmehr zum Beweiſe der Klagthatſachen zugelaßen werden. Würde nun dieſer auch erbracht, ſo könnte ein Urtheil zu ſeinen Gunſten dennoch nicht erfolgen, weil ja durch ſein Geſtändniß ſelbſt ſchon feſtſteht, daß die Rechtswirkung der Klagthatſachen durch rechtshindernde Thatſachen gehemmt, oder das entſtandene Recht bereits wieder vernichtet iſt.

Dagegen würde in dem anderen Falle, wo der Kläger im Voraus ein Exceptionsrecht des Beklagten zugeſtanden hat, nach erbrachtem Beweiſe der Klagthatſachen ein dem Kläger günſtiges Erkenntniß erfolgen müſſen, da das Exceptionsrecht, nachdem der Beklagte darauf ſich nicht berufen hat, jetzt, weil präcludirt, nicht weiter in Betracht kommen kann.

Bayer (S. 707. 708) und Wetzell (§. 19. Note 8) erörtern den eben beſprochenen Gegenſtand bei Gelegenheit der Unterſuchung, ob die Wirkſamkeit eines gerichtlichen Geſtändniſſes bedingt ſei durch die nachfolgende Acceptation deſſelben ſeitens des Gegners. Dieſe Frage wird, und zwar mit Recht verneinend beantwortet, aus der Nichtnothwendigkeit der Acceptation aber der Schluß gezogen, daß, wenn der Kläger im Voraus Thatſachen zugeſteht, die ihm nachtheilig ſind, d. h. alſo ſolche Thatſachen, die vom Beklagten als rechtshindernde oder rechtsvernichtende geltend gemacht werden, oder welche die factiſche Grundlage eines mög-

lichen Exceptionsrechtes deſſelben ausmachen könnten, der Richter dieſelben ex officio zu berückſichtigen habe, ohne eine Berufung des Beklagten auf die vom Kläger geſtandenen Thatſachen, oder wie man es ausdrückt, eine Acceptation des Geſtändniſſes durch den Beklagten abwarten zu müſſen.

Dabei iſt aber die nothwendig in Anſchlag zu bringende und hier berückſichtigte begriffliche Verſchiedenheit der beiderlei Vertheidigungsgründe ganz unberückſichtigt geblieben.

Ich wende mich jetzt zu einem letzten Vergleich der Exceptionen und relativen Negationen.

Es iſt nämlich oft behauptet worden [19]), daß gewiſſe Sätze, welche das Römiſche Recht bezüglich der Exceptionen aufgeſtellt hat, im heutigen Recht auch auf das Vorbringen rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatſachen ausgedehnt ſeien.

Es ſind dies folgende Sätze:

„Reus in exceptione actor est.“

„Reus in exceptione probare debet.“

„Qui excipit, non fatetur.“

„Nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversae sint.“

Es wird zu prüfen ſein, ob dieſe Sätze ſo unbedingt auf die relativen Negationen angewandt werden können.

1. „Reus in exceptione actor est.“

Es iſt ſchon öfters geſagt worden, daß der Beklagte bezüglich der Exceptio dieſelbe Stellung einnimmt, wie der Kläger zur Actio. Daraus folgt, daß der excipirende Beklagte verpflichtet iſt zur Allegation der ſein Exceptionsrecht erzeugenden Thatſachen, und daß dem Kläger als reus contra exceptionem obliegt, die die Entſtehung des Exceptionsrechts hindernden oder daſſelbe vernichtenden Thatſachen vorzubringen.

Der excipirende Beklagte tritt alſo ganz als ein Kläger auf. Anders dagegen iſt ſeine Stellung, wenn er dem Klagrecht gegenüber rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatſachen geltend macht. Hier tritt er nämlich gegen die Exiſtenz des Klagrechts

---

[19]) Vgl. Albrecht S. 128. 181.

in die Schranken, während er als Excipient für die Existenz eines Rechts, des Exceptionsrechts auftritt.

Die Stellung des Beklagten ist also in beiden Fällen eine ganz verschiedene und kann folglich auch nicht identificirt werden. Bringt der Beklagte der Klage gegenüber rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen vor, so erscheint er hier recht in seiner Stellung als Beklagter, in einer Stellung, wie sie der Kläger wieder einnimmt gegenüber der vom Beklagten behaupteten Exceptio.

2. „Reus in exceptione probare debet.“

Wenn der Beklagte die sein Exceptionsrecht erzeugenden Thatsachen zu beweisen hat, weil er hier wie ein Kläger erscheint, so kann folgeweise damit auch die ihm als Beklagten gegenüber dem Klagrecht bezüglich der von ihm vorgebrachten rechtshindernden bezw. rechtsvernichtenden Thatsachen obliegende Beweispflicht nicht identificirt werden.

Der Grund, weshalb der Beklagte zu beweisen hat, ist ja in beiden Fällen ein ganz verschiedener: dort, bei der Exceptio, muß er die das Exceptionsrecht erzeugenden Thatsachen beweisen, weil er ein Recht geltend macht, wenngleich auch nur vertheidigungsweise; die von ihm gegenüber den Klagthatsachen behaupteten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen muß er beweisen nach der Rechtsregel, welche demjenigen, gegen den ein Recht geltend gemacht wird, diese Beweislast zuerkennt.

Man könnte noch sagen, daß der dem Beklagten obliegende Beweis der negativ auf die Existenz des Klagrechts einwirkenden Thatsachen ein Hauptbeweis sei, ebenso wie der dem Kläger obliegende Beweis der Klagthatsachen, und ferner, daß auch der dem Excipienten als solchem obliegende Beweis ein Hauptbeweis sei, und daß es demnach gerechtfertigt sei, die Sätze: „Reus in exceptione actor est.“ — „Reus in exceptione probare debet.“ auf das Vorschützen rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen auszudehnen.

Dabei wäre allerdings richtig, daß diese Beweise sämmtlich Hauptbeweise sind, insofern sie als Beweise der selbständigen Vertheidigungsbehauptungen des Beklagten im Beweisinterlocute besonders normirt und auferlegt werden müssen, und insofern sie

sämmtlich nach denselben Grundsätzen einen Gegenbeweis zulassen [20]). Vergessen wäre aber dabei, daß diese Beweise ganz verschiedene Dinge zum Gegenstande haben und eine ganz verschiedene Richtung verfolgen, wie aus dem bisherigen schon zur Genüge hervorgeht.

Hiernach kann es als gerechtfertigt nicht angesehen werden, wenn man jene Sätze, welche die Stellung des Beklagten zur Exceptio charakterisiren, auf die relativen Negationen ausdehnt.

3. „Qui excipit, non fatetur“ [21]).

Die wirkliche Exceptio des Beklagten kann selbstverständlich

---

[20]) Früher verstand man unter Hauptbeweis den dem Kläger obliegenden Beweis, den man für einen Beweis des Klagrechts hielt, während er doch nur ein Beweis der dasselbe erzeugenden Thatsachen ist. Unter Gegenbeweis verstand man dann den dem Beklagten obliegenden Beweis, und theilte diesen ein in einen directen und indirecten Gegenbeweis. Der directe Gegenbeweis sollte der vom Beklagten etwa geführte Beweis der Unwahrheit der vom Kläger bewiesenen Klagthatsachen sein. Zum indirecten Gegenbeweise rechnete man den Beweis sowohl dessen, was hier als rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsache bezeichnet ist, als auch den Beweis der Exceptionen, oder da man rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen einerseits und Exceptionen andererseits identificirte, den Beweis der Einreden oder Exceptionen. Vgl. hierüber sowie über die Literatur Bayer S. 760 ffg. — Von Bethmann-Hollweg Versuche S. 369 ffg. ist der Ausdruck „indirecter Gegenbeweis“ nur für den Beweis der eigentlichen Exceptio gebraucht; unter directem Gegenbeweis versteht er sowohl den vom Beklagten etwa zu führenden Beweis der Unwahrheit der vom Kläger bewiesenen Klagthatsachen, als auch den ihm obliegenden Beweis der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Bethm.-Hollw. geht dabei von der Voraussetzung aus, daß der dem Kläger obliegende Beweis ein Beweis des Klagrechts sei. Diese Voraussetzung ist indeß nicht richtig. Kläger hat nicht das Klagrecht, sondern die dasselbe erzeugenden Thatsachen zu beweisen. — Linde Civilproc. §. 233. 244. nennt den vom Beklagten zu führenden Beweis seiner Vertheidigungssätze einen uneigentlichen Gegenbeweis, um ihn von dem eigentlichen Gegenbeweise, d. h. dem dem Beklagten nur vorzubehaltenden Gegenbeweise zu unterscheiden, sagt dann aber weiter selbst, daß der uneigentliche Gegenbeweis als ein wahrer Hauptbeweis und nach den Grundsätzen desselben zu beurtheilen ist. — Vgl. über den Unterschied von Haupt- und Gegenbeweis auch Wetzell §. 20.

[21]) Vgl. L. 9. D. de except. 44. 1. Cap. 63. in Vlto de Reg. Jur.

erſt dann in Betracht kommen, wenn die Exiſtenz des Klagrechts, dem gegenüber excipirt wird, juriſtiſch gewiß geworden iſt. Denn die Exceptio ſoll die Wirkung des vorhandenen Klagrechts hemmen und ausſchließen, und wenn dies nicht exiſtirt, ſo erfolgt Abweiſung des Klägers, Freiſprechung des Beklagten, ohne daß Verhandlungen über die Exceptio ſtattgefunden haben.

Im Römiſchen Formularproceſſe erfolgte nun die Feſtſtellung der Exiſtenz des Klagrechts in judicio. Hier war aber für den Beklagten die Möglichkeit des Vorbringens von Exceptionen ausgeſchloſſen, er mußte vielmehr, wenn er ſolche geltend machen wollte, ſchon in jure von dem Prätor es erwirken, daß der Richter in der Formel angewieſen wurde, auch ſeine, des Beklagten Exceptio zu berückſichtigen[22]). Es konnte nun leicht aus der ſchon in jure vorgebrachten Exceptio die Folgerung gezogen werden, daß der Beklagte das Klagrecht als vorhanden anerkennen wolle, namentlich dann, wenn die factiſche Grundlage der Exceptio in näherem Zuſammenhange ſtand mit der factiſchen Grundlage des Klagrechts. Für den Kläger wäre dies von beſonderm Vortheile geweſen, inſofern er in einem ſolchen Falle des ihm ſonſt obliegenden Beweiſes überhoben geweſen wäre. Ebenſo nachtheilig mußte dies aber für den Beklagten ſein, der an ſich mit Recht erſt das Erbringen des dem Kläger obliegenden Beweiſes abwarten durfte, bevor er zu dem Mittel der ſelbſtändigen Vertheidigung griff. Und dieſer Nachtheil für ihn wäre lediglich durch den Umſtand herbeigeführt, daß er ſeine etwaigen Exceptionen ſchon in jure vorbringen mußte, wo an eine Feſtſtellung der von ihm etwa beſtrittenen Exiſtenz des Klagrechts noch gar nicht zu denken war.

Darum war es gewiß ſehr gerechtfertigt, daß man den Satz: „Excipiens non fatetur.“ ſtatuirte, d. h. den Satz, daß aus dem ſchon in jure erfolgten Vorſchützen einer Exceptio kein Geſtändniß bezüglich des Klagrechts gefolgert werden ſolle.

Dieſer Satz gilt nun auch heute noch, um ſo mehr, da nach Vorſchrift des J. R. Abſch. §. 37. der Beklagte regelmäßig mit

---

[22]) Eine Ausnahme machten die doli exceptiones, welche bei actiones bonae fidei in die Formel nicht aufgenommen zu werden brauchten.

der ersten Klagbeantwortung etwaige Exceptionen, die er vertheidigungsweise gegen die Klage verwenden will, vorbringen muß.

Gilt derselbe aber auch von den relativen Negationen?

Zunächst muß bemerkt werden, daß, wenn jener Satz sagt, es solle aus dem Vorbringen von Exceptionen nicht gefolgert werden, daß der Beklagte das Klagrecht als begründet anerkenne, hiervon gar keine Rede sein kann, wenn relative Negationen vorgeschützt werden, weil damit der Beklagte ja unter allen Umständen die Existenz des Klagrechts bestreitet. Es könnte demnach das „confiteri", welches nicht angenommen werden soll, sich blos auf den processualischen Klagegrund beziehen. Es kann daher die Frage auch nur die sein:

Liegt in dem Vorschützen rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen ein Geständniß der sonst vom Kläger zu beweisenden Klagthatsachen?

Daß diese Frage nicht unter Bezugnahme auf den Satz: „Excipiens non fatetur", entschieden werden kann, geht aus der Verschiedenheit dieses Falles und desjenigen, für welchen der Satz Platz greift, von selbst hervor. Namentlich gilt dies von der Zeit des römischen Formularprocesses, unter dessen Herrschaft und durch dessen Eigenthümlichkeit jener Satz zunächst hervorgerufen ist. Wenn hier der Kläger in judicio zur Rechtfertigung seiner intentio die thatsächlichen Voraussetzungen seines Anspruchs so weit mittheilte, als ihm auch Beweis oblag, und der Beklagte dem gegenüber, ohne erst den dem Kläger obliegenden Beweis seiner Behauptungen abzuwarten, blos rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen geltend machte, so konnte der Richter wohl oft mit Recht aus diesem Verhalten des Beklagten schließen, daß derselbe die Wahrheit der Klagthatsachen zugestehen wollte, und wenn dieser Schluß begründet war, so konnte der Richter unter Bezugnahme auf den hier gar nicht Platz greifenden Satz: „Excipiens non fatetur" gewiß nicht das Gegentheil annehmen, und dem Kläger dennoch den Beweis der in Wirklichkeit zugestandenen Klagthatsachen auflegen.

Daß im spätern, dem Justinianischen Proceß jener Satz auf die relativen Negationen ausgedehnt sei, läßt sich nicht nachweisen, wenn man daran festhält, daß das Wesen der Exceptionen dasselbe geblieben ist, wie früher, und daß blos die frühere Form

der Geltendmachung verschwunden ist. Ja es wird für diese Zeit jener Satz selbst mit Beziehung auf Exceptionen kaum noch einige Bedeutung gehabt haben, da dieselben regelmäßig [25]) nicht mehr wie früher gleich zu Anfang des Processes vom Beklagten vorgebracht zu werden brauchten, da sie demnach, um eine Verurtheilung abzuwenden, wohl erst dann vorgebracht worden sind, nachdem es sich herausgestellt hatte, daß das Klagrecht begründet war.

Anders steht die Sache seit Reception des römischen Rechtes in Deutschland. Wie hier Exceptionen und relative Negationen identificirt wurden, so wurde auch jener Satz namentlich auf die letztern angewandt, und diese Anwendung erscheint auch als gerechtfertigt, besonders, seitdem nach Vorschrift des J. R. Absch. §. 37. mit der ersten Beantwortung der Klage auch die etwaigen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen wenigstens eventuell, d. h. für den Fall, daß demnächst die Wahrheit der Klagthatsachen vom Kläger bewiesen werden sollte, vorgebracht werden müssen. Jedenfalls kann aber jener Satz für diesen Fall nur die Bedeutung haben, daß aus dem Vorbringen relativer Negationen nicht auf ein Geständniß der Klagthatsachen geschlossen werden soll.

Hiernach hat denn der Satz: „Excipiens non fatetur“, für das heutige Recht folgende zwei nicht mit einander zu verwechselnde Bedeutungen:

1. Aus dem Vorschützen einer Exceptio soll nicht auf ein Geständniß der Existenz des Klagrechts geschlossen werden.

2. Aus dem Vorschützen rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen soll nicht auf ein Geständniß der Wahrheit der Klagthatsachen geschlossen werden.

Es zeigt sich also auch bei diesem Satze nicht die oft darin gefundene Gleichheit der Exceptionen und relativen Negationen; vielmehr tritt auch hier die begriffliche Verschiedenheit beider hervor, wenngleich auf der andern Seite sich hier eine größere Annäherung zeigt, als bei den beiden vorhin erörterten Sätzen.

---

[25]) Vgl. Bayer §. 192. (S. 605).

4. „Nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversae sint“ [24]).

Auch dieſer Satz bezieht ſich urſprünglich blos auf wirkliche Exceptionen. Dem Beklagten ſollte es geſtattet ſein, mehrere, ja ſelbſt ſich widerſprechende Exceptionen in die Formel aufnehmen zu laſſen, und dies war ganz natürlich, da ja leicht der Fall eintreten kann, daß dem Beklagten gegen dieſelbe Klage mehrere Exceptionen zuſtehen.

Auf die relativen Negationen konnte dieſer Satz zur Zeit des Formularproceſſes keine Anwendung um deswillen finden, weil dieſe nicht in jure, ſondern erſt in judicio vorgebracht werden konnten. Hier aber konnte es dem Beklagten gewiß nicht verwehrt werden, den rechtserzeugenden Thatſachen gegenüber eine Mehrzahl rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatſachen geltend zu machen, wenngleich auch der Beweis einer einzigen von ihnen genügte, um die Nichteriſtenz des Klagrechts zu conſtatiren, ebenſo wie der Beweis einer der mehreren vorgeſchützten Exceptionen genügte, um die beanſpruchte Wirkung des an ſich begründeten Klagrechts auszuſchließen.

Im heutigen Proceß kann jener Satz ohne Zweifel in gleicher Weiſe auf Exceptionen und relative Negationen angewandt werden, da der Beklagte beiderlei Vertheidigungsmittel ſchon mit der Vernehmlaſſung auf die Klage wenigſtens eventuell vorſchützen muß.

Die im Vorſtehenden zwiſchen den Exceptionen einerſeits und der relativen Negationen andererſeits angeſtellten Vergleichungen ergeben, daß zwiſchen denſelben ſowohl Verſchiedenheiten als auch Aehnlichkeiten beſtehen. Aber die Verſchiedenheiten ſind doch noch immer ſo groß, daß eine Identificirung beider als unſtatthaft, und darum auch die Anwendung des Ausdrucks „exceptio“ zur Bezeichnung auch der relativen Negationen als ungerechtfertigt erſcheinen muß.

Will man für die letztere eine unterſcheidende Bezeichnung haben, ſo dürfte ſich dazu der Ausdruck „Einrede“ empfehlen [25]);

[24]) Vgl. L. 5. 8. D. de except. 44. 1.

[25]) Auch Helmolt S. 161 unterſcheidet in dieſer Weiſe zwiſchen Excep-

aber derſelbe dürfte dann in einer andern Bedeutung nicht gebraucht, und namentlich dürften darunter nicht verſtanden werden die wirklichen Exceptionen einerſeits, und andererſeits auch nicht die Antwort des Beklagten auf die Klagthatſachen. Letzteres geſchieht jetzt freilich ſeltener. Dagegen wird ſehr oft jener Ausdruck zur gemeinſchaftlichen Bezeichnung der Exceptionen und relativen Negationen zuſammen gebraucht, was an ſich nicht geſchehen ſollte, wenn man anders den Unterſchied zwiſchen den beiderlei Vertheidigungsmitteln feſthalten will.

Zum Schluß dieſes Abſchnittes wird es nicht unzweckmäßig ſein, das ganze hier berührte Vertheidigungsmaterial des Beklagten in der durch die Natur deſſelben gebotenen Ordnung zuſammenzuſtellen. Es iſt dies der möglichе Inhalt der erſten Erwiederung des Beklagten auf die Klage. Dieſe Erwiederung kann hiernach enthalten:

1. Die Vernehmlaſſung, d. h. die entweder zugeſtehende oder verneinende (abſolute Negation) Antwort des Beklagten auf die ſ. g. Geſchichtserzählung des Klägers, d. h. auf die Klagthatſachen.
2. Einreden, und zwar
   a. Einreden rechtshindernder und
   b. Einreden rechtsvernichtender Thatſachen.
3. Exceptionen.

In den folgenden drei Abſchnitten ſoll noch beſonders geſprochen werden:

1. über die Vernehmlaſſung des Beklagten, inſofern ſie ein Leugnen der Klagthatſachen enthält, alſo über die abſoluten Negationen.
2. über rechtshindernde, und
3. über rechtsvernichtende Thatſachen.

---

tionen u. Einreden. — Nach älterem deutſchen Sprachgebrauche bezeichnete man Einreden und Exceptionen zuſammen mit den Ausdrücken: Auszug, Ausrede, Ausflucht, Fürwand, Nothdurft. Vgl. Wetzell §. 17. Note 1.

VII.

Die Negation des proceſſualiſchen Klaggrundes durch den Beklagten [1]).

Die Negation des proceſſualiſchen Klaggrundes durch den Beklagten hat im Proceß eine beſondere Bedeutung inſofern, als durch dieſelbe die Klagthatſachen beſtritten und eines dem Kläger obliegenden Beweiſes bedürftig gemacht werden.

Die Frage, wann eine ſolche vorliegt, kann im Allgemeinen nur dahin beantwortet werden: Sie liegt dann vor, wenn und ſoweit aus der in der Vernehmlaſſung des Beklagten enthaltenen Erwiederung auf die vom Kläger behaupteten rechtserzeugenden oder Klagthatſachen ein Widerſpruch gegen die Exiſtenz ſämmtlicher oder einzelner Klagthatſachen hervorgeht.

Immerhin liegt, wenn auch nur einzelne zum Klaggrunde gehörende Thatſachen geleugnet werden, ein Leugnen des ganzen Klaggrundes vor. Denn dieſer erſcheint mit Beziehung auf das beanſpruchte Recht als eine Einheit, als etwas Zuſammengehöriges, als ein einzelner beſtimmter Thatbeſtand, deſſen Exiſtenz geleugnet iſt, wenn auch nur ein einzelnes dazu gehöriges weſentliches Moment geleugnet iſt. Damit iſt aber nicht geſagt, daß im Fall

---

[1]) Bei Gelegenheit der Darſtellung der Negationen des Beklagten, oder auch der Frage, was zu beweiſen iſt, und wer zu beweiſen hat, wird gewöhnlich auch die Lehre von einem ſog. qualificirten Geſtändniſſe behandelt. Dieſelbe wird als vollſtändig entbehrlich hier ganz mit Stillſchweigen übergangen werden. Vgl. darüber Bayer Vortr. S. 733—741. — Vgl. über das Leugnen der Klagthatſachen durch den Beklagten auch Wetzell Syſtem S. 107.

eines solchen theilweisen Leugnens auch die nicht geleugneten, also zugestandenen Thatsachen vom Kläger noch zu beweisen wären. Dies kann nicht der Fall sein. Denn wenn auch durch den Beweis die Gewißheit des Klaggrundes als des vorausgesetzten Thatbestandes hergestellt werden soll, so kann sich doch dieser Beweis immer nur beziehen auf die einzelnen den Thatbestand bildenden factischen Momente. Diese müssen bewiesen werden, um damit die Existenz des Thatbestandes zu beweisen. Wenn nun einzelne von den zu diesem Thatbestande gehörigen Momente vom Beklagten gestanden, andere geleugnet sind, so bedürfen nur noch die letzteren eines Beweises. Jene sind nicht bestritten, also eines Beweises nicht bedürftig.

Fälle eines solchen theilweisen Gestehens, theilweisen Leugnens sind immer mit besonderer Vorsicht zu beurtheilen. Oft nämlich ist das theilweise Leugnen nur scheinbar ein theilweises, und in Wirklichkeit ein Leugnen sämmtlicher Klagthatsachen, namentlich dann, wenn die in Frage stehenden Thatsachen in einer derartigen Verbindung mit einander stehen, daß sie zusammen gewissermaßen nur eine einzelne bestimmte Thatsache bilden. Wann dies der Fall ist, das kann im Allgemeinen nicht näher festgestellt, muß vielmehr im einzelnen Falle besonders untersucht werden. Ergiebt aber die genauere Prüfung des einzelnen Falles das eben besprochene Resultat, dann müssen nothwendigerweise die *scheinbar mehreren*, in Wirklichkeit aber nur *eine* und zwar geleugnete Thatsache annoch bewiesen werden.

Der Widerspruch des Beklagten muß nun, um als Leugnen des Klaggrundes angesehen werden zu können, gegen die im Klagvortrage behaupteten Klagthatsachen gerichtet sein.

Es ist nun schon früher gezeigt, daß zum processualischen Klaggrunde regelmäßig nicht die Allegation desjenigen Rechtssatzes gehört, in Gemäßheit dessen die Klagthatsachen die Eigenschaft rechtserzeugender Thatsachen haben. Sehr oft verbreitet sich nun aber der Beklagte in der Erwiederung auf die Klage grade über jenen sog. *Rechtsgrund* der Klage, sei es daß er die Existenz desselben direct in Abrede stellt, oder daß er dies thut in Form des Vorbringens sog. *rechtlicher Gegendeductionen*, und die so geschehene Ableugnung des die Klage fundirenden Rechts-

satzes bezeichnet man dann oft, freilich unpassender Weise, als exceptio carentiae juris, non fundatae intentionis, non competentis actionis, u. s. w.

Dieses Leugnen des Rechtsgrundes der Klage hat indeß nicht im Entferntesten Aehnlichkeit mit dem Leugnen der Klagthatsachen. Denn die letztern werden durch das Leugnen bestritten und eines Beweises seitens des Klägers bedürftig. Der Rechtsgrund der Klage dagegen kann durch ein Leugnen desselben seitens des Beklagten nicht bestritten und eines Beweises bedürftig gemacht werden, da die Prüfung und Beantwortung der Frage, ob der erhobenen Klage ein Rechtsgrund entspreche, ob der Klaganspruch im positiven Recht begründet sei, lediglich dem Richter zusteht. Mag auch die vom Beklagten ausgehende Rechtsdeduction immerhin geeignet sein, auf die Bildung der richterlichen Ueberzeugung bezüglich Existenz und Inhalt des der Klage entsprechenden Rechtssatzes bestimmend einzuwirken, und kann man sie deshalb auch wohl als ein Vertheidigungsmittel des Beklagten bezeichnen, so kann dieselbe doch niemals auf gleiche Stufe gestellt werden mit dem in dem Leugnen der Klagthatsachen liegenden Vertheidigungsmittel.

Etwas anders ist das Ableugnen des Rechtsgrundes freilich dann zu beurtheilen, wenn derselbe vom Kläger ausnahmsweise aus dem Grunde zu allegiren ist, weil dessen Kenntniß dem Richter ex officio nicht zugemuthet werden kann, wie bei localem Gewohnheits- oder bei ausländischem Recht. Hier kann nämlich durch das Leugnen des Beklagten ein Beweis des Rechtssatzes seitens des Klägers nothwendig werden. Da indeß dieser Beweis nicht auf gleicher Stufe steht mit dem Beweise der Klagthatsachen, und trotz Leugnens des Beklagten dem Kläger dann nicht obliegt, wenn der Richter etwa die nothwendige Kenntniß von dem in Frage stehenden Rechtssatze haben sollte, so existirt auch hier wieder eine bedeutende Verschiedenheit zwischen dem Leugnen des Rechtsgrundes und dem des processualischen Klaggrundes.

Durchweg anders dagegen als in den eben genannten Fällen ist das Leugnen des Rechtsgrundes dann zu beurtheilen, wenn derselbe in einer constitutio personalis, und das beanspruchte Recht selbst in einem privilegium besteht. Insofern hier nämlich beides in untrennbarem Zusammenhange steht, liegt in dem Leugnen der Existenz der das privilegium begründenden constitutio

personalis ein Leugnen des proceſſualiſchen Klaggrundes, zu dem die constit. personal. ſelbſt gehört. (Vgl. hierzu das S. 57 ffg. und 66 fg. Geſagte).

Damit komme ich wieder auf das wirkliche Leugnen der Klagthatſachen zurück.

Der Widerſpruch des Beklagten gegen die Wahrheit der Klagthatſachen wird erkannt aus der Vernehmlaſſung des Beklagten; ihn hieraus zu erkennen, iſt die Aufgabe des Richters, er erkennt dieſen Widerſpruch durch ein vergleichendes Zuſammenhalten des die Klagthatſachen enthaltenden Klagvortrages mit der Vernehmlaſſung des Beklagten, und das Erkennen des Widerſpruchs wird nicht ſchwer ſein, wenn der Beklagte nach Vorſchrift des J. R. A. §. 37. „auf die Klage .... kurtz, nervoſe und deutlich, auch unterſchiedlich und klar, ob und worin das Factum anderſt als vom Kläger vorbracht, und wie es ſich eigentlich verhalte, ſpecifice, und auf jeden Puncten mit allen ſeinen Umſtänden angezeigt“ hat.

Denn wenn der Richter durch eine ſorgfältige Prüfung des Klagvortrages ſich Gewißheit darüber verſchafft hat, welche einzelnen rechtserzeugenden Thatſachen, ſei es durch unmittelbare Bezeichnung derſelben, oder mittelbar durch Anführung anderweiter Thatſachen behauptet ſind, ſo kann, wenn er damit die jener Vorſchrift entſprechende Erwiederung des Beklagten vergleicht, keine Ungewißheit darüber zurückbleiben, ob und welche Thatſachen der Beklagte als wahr zugeſtehen, ob und welche derſelbe leugnen und ſtreitig machen will.

Ueber das Leugnen des Beklagten laſſen ſich erſchöpfende Regeln nicht aufſtellen; denn daſſelbe kann als etwas blos factiſches, welches freilich die rechtliche Folge hat, daß die geleugnete Thatſache beſtritten und eines Beweiſes bedürftig wird, täglich in neuer, veränderter, noch nicht da geweſener Weiſe geſchehen. Aber dennoch dürfte es nicht unzweckmäßig ſein, an einzelnen Fällen zu zeigen, wie mannichfach und verſchieden das Leugnen des Beklagten geſtaltet ſein kann. Die hierbei entwickelten Geſichtspuncte werden zugleich geeignet ſein, in vorkommenden Fällen als Anhaltspunkte zu dienen, wenn es ſich fragt, ob in dem Vorbringen des Beklagten ein Leugnen von Klagthatſachen liegt oder nicht.

Am einfachſten geſtaltet ſich das Leugnen, wenn der Wider-

ſpruch des Beklagten direct und unmittelbar gegen die Klagthatſachen gerichtet iſt. Dieſer Fall bedarf keiner beſondern Erörterung.

Sehr oft aber wird hierbei vom Beklagten, gleichſam um dieſen Widerſpruch zu motiviren, anderweites thatſächliches Material vorgebracht. An ſich können dieſe motivirenden anderweiten Behauptungen, wenn ſie nicht, wie hier vorausgeſetzt wird, auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatſachen gerichtet ſind, von Einfluß nicht ſein, da die Klagthatſachen geleugnet ſind, und dieſe nunmehr vom Kläger bewieſen werden müſſen. Sie können aber dann von Bedeutung werden, wenn ſie auf ſolche Thatſachen gerichtet ſind, welche für den Fall, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis der Klagthatſachen erbringen ſollte, vom Beklagten zum Gegenſtand eines Gegenbeweiſes gemacht werden könnten.

Wenn z. B. der aus einem Kaufcontracte auf Erfüllung in Anſpruch genommene Beklagte den Contractsabſchluß leugnet, und dazu behauptet, denſelben Contract mit einer anderen Perſon als dem Kläger abgeſchloſſen zu haben, ſo iſt dieſe Behauptung proceſſualiſch ganz gleichgültig. Der Kläger würde den von ihm behaupteten Contractsabſchluß zu beweiſen haben, und wenn dieſer Beweis erbracht wird, ſo würde der Beklagte, falls er nicht noch Einreden oder Exceptionen vorgebracht hat, verurtheilt werden müſſen. Mit einem Beweiſe der der Negation hinzugefügten Behauptung würde er ſelbſt nicht einmal gegenbeweislich gehört werden können, da hiermit noch gar nicht bewieſen würde, daß er nicht auch mit dem Kläger den von dieſem behaupteten Contract abgeſchloſſen habe. Es kann daher auch die hinzugefügte Behauptung kaum als Motivirung, ſondern höchſtens als eine nichtsſagende Beſchönigung der Negation angeſehen werden.

Etwas anders verhält ſich die Sache, wenn der Beklagte der Negation der Klagthatſachen ſolche thatſächliche Behauptungen hinzufügt, welche im graden Widerſpruch mit den Klagthatſachen ſtehen, ſo daß aus der Wahrheit jener auch mit Grund auf die Nichteriſtenz dieſer geſchloſſen werden kann[2]). So z. B. wenn der Kläger zur Begründung der Condictio certi ex mutuo behauptet, er habe dem Beklagten an einem beſtimmten Orte und an einem beſtimmten Tage eine Summe Geldes als Darlehn gegeben, und

[2]) Vgl. Planck Beweisurtheil. S. 283 ffg. 290 ffg.

der Beklagte dagegen die Negation des erhaltenen Darlehns damit begründet, daß er behauptet, an jenem Tage an einem ganz andern, von dem Orte des angeblichen Contractabschlusses weit entfernten Orte gewesen zu sein, und daß es deshalb nicht möglich sei, daß er zu der behaupteten Zeit und an dem behaupteten Orte mit dem Kläger contrahirt habe.

Auch hier ist wenigstens vorläufig diese Behauptung des Beklagten ganz gleichgültig, da die ausdrücklich ausgesprochene Negation der Klagthatsachen den Kläger beweispflichtig macht. Sie wird aber wichtig, wenn die Wahrheit derselben sich schon im ersten Verfahren herausstellen, wenn dieselbe z. B. in der Erwiederung des Klägers auf die Vernehmlassung des Beklagten etwa zugestanden werden sollte. Denn es würde hierdurch schon jetzt als gewiß constatirt, daß der Beklagte an dem Orte des Contractabschlusses zur Zeit, wo dieser stattgefunden haben soll, nicht anwesend gewesen ist.

Damit wäre aber schon jetzt die Nichtexistenz des Klaggrundes constatirt, und es würde Abweisung des Klägers erfolgen müssen, ohne daß es noch einer Beweisauflage und eines etwa verfehlten Beweises bedürfte. Erfolgt aber von Seiten des Klägers ein solches Zugeständniß jener vom Beklagten ausgehenden Behauptung nicht, dann hat dieselbe auch keine weitere Bedeutung. Freilich kann sie vom Beklagten, nachdem der Kläger den Beweis der Klagthatsachen erbracht hat, noch gegenbeweislich dargethan werden, und dieser Gegenbeweis würde, wenn erbracht, den vom Kläger erbrachten Hauptbeweis unwirksam machen. Aber wie dem Beklagten (Probaten) der Gegenbeweis nicht auferlegt, sondern nur vorbehalten wird, so steht es ihm auch frei, den Gegenbeweis zu führen, wie es ihm beliebt, und wie er es eben kann. Will er daher gegen den gedachten Hauptbeweis den Gegenbeweis antreten, so ist er dabei keineswegs beschränkt auf den Beweis jener von ihm aufgestellten, mit dem Klaggrunde in Widerspruch stehenden Behauptung [5]).

---

[5]) Es dürfte sich gewiß empfehlen, wenn in Fällen, wie der besprochene ist, dem sonst ganz allgemein gehaltenen Vorbehalte des Gegenbeweises die Hinzufügung gemacht würde, daß dahin auch der Beweis der von dem Beklagten aufgestellten, mit dem Klaggrunde in Widerspruch stehenden Behauptung zu

Sehr oft kommt es vor, daß der Beklagte gar nicht direct leugnet, sondern Thatsachen anführt, die allerdings den Schluß begründen, daß er damit die Klagthatsachen für nicht existent erklären will. Auch hier, wenn dieser Schluß begründet ist, ein ausdrückliches Leugnen vor. Man nennt ein derartiges Leugnen wohl eine Negatio per positionem alterius, mit Recht in manchen Fällen dieser Ausdruck unpassender Weise, da ein Leugnen des Klagrechtes niemals eine Exceptio genannt werden kann, wo einer exceptio rei non sic, sed aliter gestae.

Es kann dies zunächst in der Weise vorkommen, daß vom Beklagten Thatsachen behauptet werden, die mit den Klagthatsachen in direktem Widerspruch stehen, so daß diese als nicht vorhanden angesehen werden müssen, wenn die Existenz jener feststeht. Hierher gilt ganz dasselbe, was vorhin gesagt ist für den Fall, wenn der Beklagte der ausdrücklich ausgesprochenen Negation die Behauptung von Thatsachen hinzufügt, deren Wahrheit die Wahrheit der Klagthatsachen ausschließt. Beide Fälle sind juristisch ganz gleich zu behandeln, und es kann dadurch eine Verschiedenheit nicht hervorgebracht werden, daß in dem einen Falle zunächst ganz ausdrücklich geleugnet ist, während das Leugnen der Klagthatsachen in dem andern Falle blos indirect geschehen ist.

Um aber in den Behauptungen des Beklagten eine negatio per positionem finden zu können, ist es nicht durchaus erforderlich, daß sie auf solche Thatsachen gerichtet sind, deren Existenz die Klagthatsachen als nicht vorhanden erscheinen läßt. Vielmehr kann eine solche Negation auch dann angenommen werden, wenn dies nicht der Fall ist, immer jedoch unter der Voraussetzung, daß jene Behauptungen dahin verstanden werden können und müssen, daß damit die Klagthatsachen geleugnet werden sollen. Wenn z. B. der Condictio certi ex mutuo gegenüber der Beklagte zugesteht, die geforderte Summe zu schulden, dabei aber behauptet, daß er dieselbe aus einem Kaufcontracte schulde, der von Seiten des Klägers noch nicht erfüllt sei, so ist damit zweifelsohne der

---

rechnen sei. Damit würde nämlich zugleich mit der Normirung des Hauptbeweises darüber entschieden, welches Gewicht eventuell dem Beweise jener Behauptung zukommt.

Darlehnsvertrag in Abrede gestellt. Aber es kann nicht behauptet werden, daß die Existenz des vom Beklagten behaupteten Kaufcontractes die vom Kläger behauptete Existenz des Dahrlehnsvertrages ausschließe, vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß der Darlehnsvertrag abgeschlossen ist, und daneben auch der vom Beklagten behauptete Kaufcontract, und daß der Beklagte aus beiden eine gleiche Summe schuldet. Wenn daher der Kläger den ihm obliegenden Beweis des Dahrlehnsvertrages erbracht hat, so wird der etwa vom Beklagten unternommene Beweis des von ihm behaupteten Kaufcontractes gewiß nicht als ein Gegenbeweis angesehen werden können. Denn mit der bewiesenen Existenz dieses Contractes wäre noch immer nicht die Nichtexistenz des vom Kläger behaupteten und bewiesenen Darlehnsvertrages bewiesen.

Weiter nichts als ein Leugnen des processualischen Klaggrundes ist regelmäßig auch die sog. exceptio deficientis legitimationis ad causam activae und passivae, d. h. die Behauptung des Beklagten, daß das beanspruchte Recht nicht dem Kläger, oder daß es ihm nicht gegen den Beklagten zustehe, vorausgesetzt nämlich, daß diese Behauptung dahin geht, daß es an derjenigen Thatsache mangele, welche das in Frage stehende Recht für den Kläger oder gegen den Beklagten begründet haben soll. Es gilt dies namentlich von denjenigen Fällen, in denen man früher den Beweis der die Activ- oder Passivlegitimation begründenden Thatsache von dem Beweise der Entstehung des Rechts überhaupt trennte, insofern man irrigerweise *) annahm, daß der Beweis jener Legitimation der Gültigkeit des Verfahrens präjudicire, woraus man dann weiter folgerte, daß jener Beweis sofort mit Anstellung der Klage hergestellt werden müsse, oder, falls dies nicht geschehen, daß derselbe vom Richter in jeder Lage des Processes nachgefordert werden könne. Dahin gehören z. B. die Klagrechte, die ihren Anfang in dem Erblasser des Klägers oder des Beklagten genommen haben. Die Zuständigkeit des Rechts an den Kläger oder gegen den Beklagten ist wesentlich bedingt durch die Erbfolge, diese also eine zum processualischen Klaggrunde gehörende Thatsache. So ist auch bei der vom Cessionar an-

*) Vgl. Wetzell Syst. S. 95. Linde Civilproc. §. 115. Bayer Vortr. §. 21 (S. 65 ffg.).

gestellten Klage der Act der Cession die ihn berechtigende Thatsache, die für ihn um deswillen als rechtserzeugende betrachtet werden muß. Hierher gehören auch alle diejenigen Klagen, bei denen das geltendgemachte Recht in der Person des Klägers oder die dem Recht gegenüberstehende Verbindlichkeit in der Person des Beklagten die Existenz eines dinglichen Verhältnisses zur Voraussetzung hat, wie die actio confessoria das Eigenthum des Klägers am praedium dominans, die Klage aus einer Reallast das Eigenthum am pflichtigen Grundstück in der Person des Beklagten, u. s. w.

Es giebt aber auch Fälle, wo die Behauptung des Beklagten, daß das Klagrecht nicht dem Kläger, oder daß es demselben nicht gegen ihn, den Beklagten, zustehe, nicht als Leugnen einer zum processualischen Klaggrunde gehörigen Thatsache angesehen werden kann. Wenn nämlich der Beklagte die Thatsache, die an sich betrachtet geeignet ist, das vom Kläger beanspruchte Recht für diesen oder gegen den Beklagten zur Entstehung zu bringen, zugesteht, aber dennoch die Berechtigung des Klägers oder seine eigene Verpflichtung leugnet, indem er vielmehr auf Grund eines andern Umstandes behauptet, daß ein anderer berechtigt oder verpflichtet worden sei, so leugnet er damit zwar nicht das Entstandensein des fraglichen Rechts überhaupt, sondern nur, daß der Kläger der Berechtigte oder er der Verpflichtete sei. Es kann dies nach den heutzutage geltenden Grundsätzen über Repräsentation mit unmittelbarer Rechtswirkung für den Vertretenen besonders in der Weise vorkommen, daß der aus einem Rechtsgeschäft in Anspruch genommene zugesteht, er habe das Geschäft allerdings mit dem Kläger abgeschlossen, aber Kläger oder er, der Beklagte, hätten in erlaubter und gültiger Vertretung eines Andern jenes Geschäft abgeschlossen. Muß man nun annehmen, daß der ordnungsmäßig handelnde Repräsentant durch seine Handlung nicht mehr sich selbst, sondern ipso jure den Vertretenen berechtigt bezw. verpflichtet, so liegt in jener Behauptung des Beklagten allerdings ein Leugnen der Berechtigung des Klägers bezw. seiner eigenen Verpflichtung. Da aber das Geschäft, das zwischen Kläger und Beklagtem abgeschlossen ist, an sich und abgesehen von der Vertretung geeignet ist, den Kläger zu berechtigen und den Beklagten zu verpflichten, weil sie handelnd aufgetreten sind, und da dasselbe

im vorliegenden Falle, die Wahrheit der Behauptung des Beklagten vorausgesetzt, die behauptete Rechtswirkung um deswillen nicht hat, weil die Handelnden als Repräsentanten eines Dritten gehandelt haben, so kann die auf das Repräsentationsverhältniß gerichtete Behauptung des Beklagten auch nur aufgefaßt werden als die Behauptung einer von ihm zu beweisenden rechtshindernden Thatsache. Der Beklagte leugnet nicht die Thatsache, die an sich geeignet ist, ihn dem Kläger zu verpflichten, er leugnet aber die Entstehung des Rechts des Klägers und bezw. seiner Verpflichtung, weil eine andere Thatsache die Entstehung dieser Wirkung gehindert hat, indem sie dieselbe vielmehr für eine andere Person hervorgebracht hat.

Einer Erwähnung bedarf noch der Fall, wenn der Beklagte die Entstehung des Klagrechts in dem vom Kläger behaupteten Umfange bestreitet. Sind die angeführten Klagthatsachen geeignet, das beanspruchte Recht in dem behaupteten Umfange zur Entstehung zu bringen, so liegt in jenem Einwande des Beklagten ein Leugnen der Klagthatsachen, und der Kläger hat diese zu beweisen.

Fälle dieser Art machen daher auch in Beurtheilung der Frage, was vom Kläger zu beweisen ist, keine Schwierigkeit. So kann es z. B. einem Zweifel nicht unterliegen, daß ein Leugnen der Klagthatsachen überhaupt vorliegt, wenn der auf 100 gerichteten Darlehnsklage gegenüber vom Beklagten behauptet wird, er habe nur 50 als Darlehn erhalten, oder wenn der auf 100 aus einem Schenkversprechen beklagte Schenker nur 50 animo donandi versprochen zu haben behauptet, oder endlich, wenn der aus einem Kauf- oder Miethcontracte auf Zahlung einer gleichen Summe als Kaufpreises oder Miethgeldes in Anspruch genommene Beklagte nur zu dem Betrage von 50 gekauft oder gemiethet haben will [5]).

[5]) Daß in den beiden ersten Fällen das Geständniß eines geringern Umfangs des Klagrechts seine Wirkung behält, auch wenn der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht hat, das Recht sei in dem von ihm behaupteten Umfange zur Entstehung gekommen, hängt mit der einseitigen Natur der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse zusammen. In den beiden letzten Fällen handelt es sich um gegenseitige Rechtsverhältnisse, bei denen eben deshalb nach mißlungenem Beweise der Klagthatsachen auch das Geständniß des Beklagten keine Wirkung mehr haben kann. Vgl. Wetzell Syst. S. 108. — Vgl. auch L. 1. §. 4. D. de V. O. und L. 52. D. locati 19. 2.

Auch dinglichen Klagen gegenüber iſt ein derartiges theilweiſes Geſtehen und Leugnen denkbar. So kann es z. B. vorkommen, daß gegenüber der auf das Alleineigenthum geſtützten Rei vindicatio der Beklagte behauptet, der Kläger ſei durch die Thatſachen, wodurch er das Alleineigenthum erworben haben wolle, nur Miteigenthümer geworden, während er, der Beklagte, oder auch ein Anderer Miteigenthümer zu dem übrigen Theile ſei. Auch hier ſind *diejenigen* Thatſachen geleugnet, welche das Alleineigenthum des Klägers bedingen; *dieſe* Thatſachen müſſen mithin auch von ihm bewieſen werden.

Nicht nach demſelben Geſichtspunkte zu beurtheilen iſt der Fall, wenn eine Rei vindicatio mit Bezug auf mehrere einzelne Sachen angeſtellt wird, und der Beklagte das Eigenthum des Klägers an der einen oder andern Sache zugeſteht, während er daſſelbe bei den übrigen leugnet. Denn vorausgeſetzt, daß es ſich hier nicht um eine universitas rerum handelt, welche als einzelne Sache angeſehen und als ſolche auch vindicirt werden kann [6]), ſo liegt hier ſcheinbar freilich nur eine, in Wirklichkeit jedoch ſoviel Vindicationen vor, als Sachen, um welche es ſich handelt. Die Negation des Eigenthums an der einen oder andern Sache kann ſich demnach nur beziehen auf die Vindication *dieſer* Sache, und nicht auch auf die Vindicationen der andern, an denen das Eigenthum des Klägers zugeſtanden iſt.

Ganz daſſelbe gilt auch von der actio hypothecaria, wenn ſie gerichtet wird auf mehrere einzelne Sachen, welche für dieſelbe Forderung verpfändet ſind, und kann auch bei actiones in personam vorkommen, indem es Fälle giebt, wo eine Mehrheit von Leiſtungen, die ſcheinbar nur *einer* Obligation angehören, in Wirklichkeit eine Mehrheit von Obligationen begründet [7]). Wird

---

[6]) Vgl. L. 1. §. 3. D. de rei vind. 6. 1: »Per hanc autem actionem — posse etiam gregem vindicari, Pomponius scribit. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; *grex enim, non singula corpora vindicabuntur.*« Ulpianus. Vgl. auch L. 2. 3. pr. §. 1 eodem.

[7]) Vgl. L. 29. pr. D. de V. O. 45. 1. »Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedente stipulatione, non fiat

auf dieſe Mehrheit von Leiſtungen auf einmal geklagt, ſo liegt eine Mehrheit von Klagen vor, und geſteht der Beklagte, die eine oder andere Leiſtung ſchuldig zu ſein, während er die Verbindlichkeit zu den übrigen beſtreitet, ſo liegt der einen Klage gegenüber ein Geſtändniß vor, welches in Beziehung auf dieſe Klage den ſonſt dem Kläger obliegenden Beweis überflüſſig macht, während den übrigen Klagen gegenüber ein Leugnen des Klaggrundes vorliegt.

Zum Schluß bleibt noch die Frage zu erörtern übrig, was Rechtens iſt, wenn eine Antwort des Beklagten auf den Klagvortrag zwar erfolgt, aber den Anforderungen des §. 37. des J. R. A. nicht entſpricht. Zwei mögliche Fälle verdienen hier beſonderer Erwähnung. Es iſt nämlich denkbar:

a) daß die Erwiederung auf ſämmtliche oder auf nur einzelne Klagthatſachen ſo dunkel und unbeſtimmt iſt, daß daraus ſchlechterdings nicht erkannt werden kann, ob der Beklagte jene Thatſachen als wahr anerkennen, oder die Wahrheit derſelben beſtreiten will.

b) daß einzelne Klagthatſachen in der Erwiederung des Beklagten gänzlich unberückſichtigt geblieben ſind, während die übrigen entweder geleugnet oder zugeſtanden ſind.

Sollen hier nun die gar nicht oder doch dunkel beantworteten Thatſachen als geleugnet oder als zugeſtanden angeſehen werden?

Soviel ſteht zunächſt feſt, daß für dieſe beiden Fälle die Beſtimmungen der K. G. O. v. 1555. III. 43. §. 4. und des J. R. A.

---

novatio, sed efficiat duas esse stipulationes. Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen si pecuniam quis, quae in conspectu ejus est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio; nam per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint, vel plura legata. Sed et familiae, vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora.« Ulpianus. Vgl. auch L. 86. 140. pr. §. 1. L. 75. §. 9. D. eodem.

§. 36. 37. nicht Platz greifen können. Diese Bestimmungen setzen nämlich voraus, daß der Beklagte innerhalb der peremtorischen, zur ersten Erwiederung auf die Klage angesetzten Frist sich gar nicht vernehmen läßt, also die Klagthatsachen ganz unbeantwortet läßt. Wenn hier die Klagthatsachen als geleugnet angesehen werden, und demgemäß der Kläger zum Beweise derselben zugelassen wird, so kann ein Gleiches nicht angenommen werden in den beiden oben angegebenen Fällen, welche von dem nach diesen Bestimmungen zu beurtheilenden Falle ganz verschieden sind.

Aber auch für die vorhin aufgeworfene Frage fehlt es nicht an einer gesetzlichen Bestimmung. Nach §. 49. des J. R. A. steht nämlich dem Kläger, „wenn die Nothdurfft und der Sachen Eigenschafft des Gegentheils klare Antwort zu haben erforderte", die Befugniß zu, „etliche kurtze Probatorial-Articul ohne Ueberfluß oder Weitläufftigkeit aus der Substanz des Klag-Libells zu ziehen, und darüber durch den Richter des Gegentheils Antwort zu begehren", und es sollen, wenn hierauf eine Antwort des Beklagten nicht erfolgt, „alsdann derjenige oder diejenige Articul für gerichtlich gestanden, auch die responsiones pro puris angenommen werden", „und der andere Theil zu keinem ferneren Beweiß gehalten sein".

Die hier vorgeschriebene Artikelform ist freilich heutzutage nicht mehr im Gebrauch. Das Wesen dieser Bestimmung ist aber geblieben, und darnach muß der Beklagte auf Antrag des Klägers zu einer nochmaligen bestimmten Erklärung über diejenigen Klagthatsachen aufgefordert werden, welche er in seiner Erwiederung auf die Klage entweder gar nicht oder doch nur dunkel beantwortet hat, und erfolgt dann eine Antwort überhaupt nicht, oder doch keine genügende, so werden jene Thatsachen als zugestanden angesehen [8]).

[8]) Vgl. Wetzell Syst. S. 472 flg.

VIII.

Rechtshindernde Thatsachen.

1. Einleitung.

Wenn in diesem Abschnitte rechtshindernde Thatsachen dargestellt werden sollen, so liegt dabei keineswegs die Absicht zu Grunde, alle nur denkbaren Thatsachen dieser Art zusammenzustellen. Dies wäre auch bei der großen Mannichfaltigkeit der einzelnen Rechte, bei der Verschiedenheit der einzelnen Rechtsentstehungsgründe, denen gegenüber die verschiedensten Thatsachen den Character rechtshindernder annehmen können, nicht möglich.

Vielmehr soll nur unter Berücksichtigung der hierauf bezüglichen Quellenentscheidungen an einzelnen Fällen zu zeigen gesucht werden, welche Thatsachen dabei als rechtserzeugende, und welche als rechtshindernd zu betrachten sind. Dadurch wird zunächst die begriffliche Verschiedenheit der rechtserzeugenden Thatsachen einerseits, und der rechtshindernden andererseits zu größerer Klarheit und Anschaulichkeit gebracht werden. Dann wird auch die practische Durchführbarkeit der früher aufgestellten Beweisregel dadurch außer Zweifel gestellt werden, und die bei den einzelnen Ausführungen gewonnenen Gesichtspuncte dürften auch geeignet sein, in andern als den hier besprochenen Fällen eine richtige Vertheilung der Beweislast zu ermöglichen.

Ich habe schon früher, S. 53 ffg., bei Aufstellung der Beweisregeln gesagt, daß dieselben genereller Natur und besonders nicht auf Präsumtionen zurückzuführen sind. Geschieht letzteres auch nicht mehr in der Allgemeinheit, als früher wohl geschehen ist, so findet man doch auch jetzt noch in Lehrbüchern Präsumtionen angeführt, die bei genauerer Betrachtung als solche sich nicht

ſpruch des Beklagten direct und unmittelbar gegen die Klagthatſachen gerichtet iſt. Dieſer Fall bedarf keiner beſondern Erörterung.

Sehr oft aber wird hierbei vom Beklagten, gleichſam um dieſen Widerſpruch zu motiviren, anderweites thatſächliches Material vorgebracht. An ſich können dieſe motivirenden anderweiten Behauptungen, wenn ſie nicht, wie hier vorausgeſetzt wird, auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatſachen gerichtet ſind, von Einfluß nicht ſein, da die Klagthatſachen geleugnet ſind, und dieſe nunmehr vom Kläger bewieſen werden müſſen. Sie können aber dann von Bedeutung werden, wenn ſie auf ſolche Thatſachen gerichtet ſind, welche für den Fall, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis der Klagthatſachen erbringen ſollte, vom Beklagten zum Gegenſtand eines Gegenbeweiſes gemacht werden könnten.

Wenn z. B. der aus einem Kaufcontracte auf Erfüllung in Anſpruch genommene Beklagte den Contractsabſchluß leugnet, und dazu behauptet, denſelben Contract mit einer anderen Perſon als dem Kläger abgeſchloſſen zu haben, ſo iſt dieſe Behauptung proceſſualiſch ganz gleichgültig. Der Kläger würde den von ihm behaupteten Contractsabſchluß zu beweiſen haben, und wenn dieſer Beweis erbracht wird, ſo würde der Beklagte, falls er nicht noch Einreden oder Exceptionen vorgebracht hat, verurtheilt werden müſſen. Mit einem Beweiſe der der Negation hinzugefügten Behauptung würde er ſelbſt nicht einmal gegenbeweislich gehört werden können, da hiermit noch gar nicht bewieſen würde, daß er nicht auch mit dem Kläger den von dieſem behaupteten Contract abgeſchloſſen habe. Es kann daher auch die hinzugefügte Behauptung kaum als Motivirung, ſondern höchſtens als eine nichtsſagende Beſchönigung der Negation angeſehen werden.

Etwas anders verhält ſich die Sache, wenn der Beklagte der Negation der Klagthatſachen ſolche thatſächliche Behauptungen hinzufügt, welche im graden Widerſpruch mit den Klagthatſachen ſtehen, ſo daß aus der Wahrheit jener auch mit Grund auf die Nichtexiſtenz dieſer geſchloſſen werden kann[2]). So z. B. wenn der Kläger zur Begründung der Condictio certi ex mutuo behauptet, er habe dem Beklagten an einem beſtimmten Orte und an einem beſtimmten Tage eine Summe Geldes als Darlehn gegeben, und

[2]) Vgl. Planck Beweisurtheil. S. 283 flg. 290 flg.

der Beklagte dagegen die Negation des erhaltenen Darlehns damit begründet, daß er behauptet, an jenem Tage an einem ganz andern, von dem Orte des angeblichen Contractabſchluſſes weit entfernten Orte geweſen zu ſein, und daß es deshalb nicht möglich ſei, daß er zu der behaupteten Zeit und an dem behaupteten Orte mit dem Kläger contrahirt habe.

Auch hier iſt wenigſtens vorläufig dieſe Behauptung des Beklagten ganz gleichgültig, da die ausdrücklich ausgeſprochene Negation der Klagthatſachen den Kläger beweispflichtig macht. Sie wird aber wichtig, wenn die Wahrheit derſelben ſich ſchon im erſten Verfahren herausſtellen, wenn dieſelbe z. B. in der Erwiederung des Klägers auf die Vernehmlaſſung des Beklagten etwa zugeſtanden werden ſollte. Denn es würde hierdurch ſchon jetzt als gewiß conſtatirt, daß der Beklagte an dem Orte des Contractabſchluſſes zur Zeit, wo dieſer ſtattgefunden haben ſoll, nicht anweſend geweſen iſt.

Damit wäre aber ſchon jetzt die Nichteriſtenz des Klaggrundes conſtatirt, und es würde Abweiſung des Klägers erfolgen müſſen, ohne daß es noch einer Beweisauflage und eines etwa verfehlten Beweiſes bedürfte. Erfolgt aber von Seiten des Klägers ein ſolches Zugeſtändniß jener vom Beklagten ausgehenden Behauptung nicht, dann hat dieſelbe auch keine weitere Bedeutung. Freilich kann ſie vom Beklagten, nachdem der Kläger den Beweis der Klagthatſachen erbracht hat, noch gegenbeweislich dargethan werden, und dieſer Gegenbeweis würde, wenn erbracht, den vom Kläger erbrachten Hauptbeweis unwirkſam machen. Aber wie dem Beklagten (Probaten) der Gegenbeweis nicht auferlegt, ſondern nur vorbehalten wird, ſo ſteht es ihm auch frei, den Gegenbeweis zu führen, wie es ihm beliebt, und wie er es eben kann. Will er daher gegen den gedachten Hauptbeweis den Gegenbeweis antreten, ſo iſt er dabei keineswegs beſchränkt auf den Beweis jener von ihm aufgeſtellten, mit dem Klaggrunde in Widerſpruch ſtehenden Behauptung [5]).

---

[5]) Es dürfte ſich gewiß empfehlen, wenn in Fällen, wie der beſprochene iſt, dem ſonſt ganz allgemein gehaltenen Vorbehalte des Gegenbeweiſes die Hinzufügung gemacht würde, daß dahin auch der Beweis der von dem Beklagten aufgeſtellten, mit dem Klaggrunde in Widerſpruch ſtehenden Behauptung zu

Sehr oft kommt es vor, daß der Beklagte gar nicht direct leugnet, sondern seinerseits blos Thatsachen anführt, die allerdings den Schluß begründen, daß er damit die Klagthatsachen für nicht existent erklären will. Auch hier liegt, wenn dieser Schluß begründet ist, ein wirkliches Leugnen vor. Man nennt ein derartiges Leugnen wohl eine Negatio per positionem alterius, und spricht in manchen Fällen dieser Art sogar, freilich unpassender Weise, da ein Leugnen des Klaggrundes niemals eine Exceptio genannt werden kann, von einer exceptio rei non sic, sed aliter gestae.

Es kann dies zunächst in der Weise vorkommen, daß vom Beklagten Thatsachen behauptet werden, die mit den Klagthatsachen in directem Widerspruch stehen, so daß diese als nicht vorhanden angesehen werden müssen, wenn die Existenz jener feststeht. Hiervon gilt ganz dasselbe, was vorhin gesagt ist für den Fall, wenn der Beklagte der ausdrücklich ausgesprochenen Negation die Behauptung von Thatsachen hinzufügt, deren Wahrheit die Wahrheit der Klagthatsachen ausschließt. Beide Fälle sind juristisch ganz gleich zu behandeln, und es kann dadurch eine Verschiedenheit nicht hervorgebracht werden, daß in dem einen Falle zunächst ganz ausdrücklich geleugnet ist, während das Leugnen der Klagthatsachen in dem andern Falle blos indirect geschehen ist.

Um aber in den Behauptungen des Beklagten eine negatio per positionem finden zu können, ist es nicht durchaus erforderlich, daß sie auf solche Thatsachen gerichtet sind, deren Existenz die Klagthatsachen als nicht vorhanden erscheinen läßt. Vielmehr kann eine solche Negation auch dann angenommen werden, wenn dies nicht der Fall ist, immer jedoch unter der Voraussetzung, daß jene Behauptungen dahin verstanden werden können und müssen, daß damit die Klagthatsachen geleugnet werden sollen. Wenn z. B. der Condictio certi ex mutuo gegenüber der Beklagte zugesteht, die geforderte Summe zu schulden, dabei aber behauptet, daß er dieselbe aus einem Kaufcontracte schulde, der von Seiten des Klägers noch nicht erfüllt sei, so ist damit zweifelsohne der

---

rechnen sei. Damit würde nämlich zugleich mit der Normirung des Hauptbeweises darüber entschieden, welches Gewicht eventuell dem Beweise jener Behauptung zukommt.

Darlehnsvertrag in Abrede gestellt. Aber es kann nicht behauptet werden, daß die Existenz des vom Beklagten behaupteten Kaufcontractes die vom Kläger behauptete Existenz des Dahrlehnsvertrages ausschließe, vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß der Darlehnsvertrag abgeschlossen ist, und daneben auch der vom Beklagten behauptete Kaufcontract, und daß der Beklagte aus beiden eine gleiche Summe schuldet. Wenn daher der Kläger den ihm obliegenden Beweis des Dahrlehnsvertrages erbracht hat, so wird der etwa vom Beklagten unternommene Beweis des von ihm behaupteten Kaufcontractes gewiß nicht als ein Gegenbeweis angesehen werden können. Denn mit der bewiesenen Existenz dieses Contractes wäre noch immer nicht die Nichtexistenz des vom Kläger behaupteten und bewiesenen Darlehnsvertrages bewiesen.

Weiter nichts als ein Leugnen des processualischen Klaggrundes ist regelmäßig auch die sog. exceptio deficientis legitimationis ad causam activae und passivae, d. h. die Behauptung des Beklagten, daß das beanspruchte Recht nicht dem Kläger, oder daß es ihm nicht gegen den Beklagten zustehe, vorausgesetzt nämlich, daß diese Behauptung dahin geht, daß es an derjenigen Thatsache mangele, welche das in Frage stehende Recht für den Kläger oder gegen den Beklagten begründet haben soll. Es gilt dies namentlich von denjenigen Fällen, in denen man früher den Beweis der die Activ- oder Passivlegitimation begründenden Thatsache von dem Beweise der Entstehung des Rechts überhaupt trennte, insofern man irrigerweise *) annahm, daß der Beweis jener Legitimation der Gültigkeit des Verfahrens präjudicire, woraus man dann weiter folgerte, daß jener Beweis sofort mit Anstellung der Klage hergestellt werden müsse, oder, falls dies nicht geschehen, daß derselbe vom Richter in jeder Lage des Processes nachgefordert werden könne. Dahin gehören z. B. die Klagrechte, die ihren Anfang in dem Erblasser des Klägers oder des Beklagten genommen haben. Die Zuständigkeit des Rechts an den Kläger oder gegen den Beklagten ist wesentlich bedingt durch die Erbfolge, diese also eine zum processualischen Klaggrunde gehörende Thatsache. So ist auch bei der vom Cessionar an-

*) Vgl. Wetzell Syst. S. 95. Linde Civilproc. §. 115. Bayer Vortr. §. 21 (S. 65 ffg.).

gestellten Klage der Act der Cession die ihn berechtigende Thatsache, die für ihn um deswillen als rechtserzeugende betrachtet werden muß. Hierher gehören auch alle diejenigen Klagen, bei denen das geltendgemachte Recht in der Person des Klägers oder die dem Recht gegenüberstehende Verbindlichkeit in der Person des Beklagten die Existenz eines dinglichen Verhältnisses zur Voraussetzung hat, wie die actio confessoria das Eigenthum des Klägers am praedium dominans, die Klage aus einer Reallast das Eigenthum am pflichtigen Grundstück in der Person des Beklagten, u. s. w.

Es giebt aber auch Fälle, wo die Behauptung des Beklagten, daß das Klagrecht nicht dem Kläger, oder daß es demselben nicht gegen ihn, den Beklagten, zustehe, nicht als Leugnen einer zum processualischen Klaggrunde gehörigen Thatsache angesehen werden kann. Wenn nämlich der Beklagte die Thatsache, die an sich betrachtet geeignet ist, das vom Kläger beanspruchte Recht für diesen oder gegen den Beklagten zur Entstehung zu bringen, zugesteht, aber dennoch die Berechtigung des Klägers oder seine eigene Verpflichtung leugnet, indem er vielmehr auf Grund eines andern Umstandes behauptet, daß ein anderer berechtigt oder verpflichtet worden sei, so leugnet er damit zwar nicht das Entstandensein des fraglichen Rechts überhaupt, sondern nur, daß der Kläger der Berechtigte oder er der Verpflichtete sei. Es kann dies nach den heutzutage geltenden Grundsätzen über Repräsentation mit unmittelbarer Rechtswirkung für den Vertretenen besonders in der Weise vorkommen, daß der aus einem Rechtsgeschäft in Anspruch genommene zugesteht, er habe das Geschäft allerdings mit dem Kläger abgeschlossen, aber Kläger oder er, der Beklagte, hätten in erlaubter und gültiger Vertretung eines Andern jenes Geschäft abgeschlossen. Muß man nun annehmen, daß der ordnungsmäßig handelnde Repräsentant durch seine Handlung nicht mehr sich selbst, sondern ipso jure den Vertretenen berechtigt bezw. verpflichtet, so liegt in jener Behauptung des Beklagten allerdings ein Leugnen der Berechtigung des Klägers bezw. seiner eigenen Verpflichtung. Da aber das Geschäft, das zwischen Kläger und Beklagtem abgeschlossen ist, an sich und abgesehen von der Vertretung geeignet ist, den Kläger zu berechtigen und den Beklagten zu verpflichten, weil sie handelnd aufgetreten sind, und da dasselbe

im vorliegenden Falle, die Wahrheit der Behauptung des Beklagten vorausgesetzt, die behauptete Rechtswirkung um deswillen nicht hat, weil die Handelnden als Repräsentanten eines Dritten gehandelt haben, so kann die auf das Repräsentationsverhältniß gerichtete Behauptung des Beklagten auch nur aufgefaßt werden als die Behauptung einer von ihm zu beweisenden rechtshindernden Thatsache. Der Beklagte leugnet nicht die Thatsache, die an sich geeignet ist, ihn dem Kläger zu verpflichten, er leugnet aber die Entstehung des Rechts des Klägers und bezw. seiner Verpflichtung, weil eine andere Thatsache die Entstehung dieser Wirkung gehindert hat, indem sie dieselbe vielmehr für eine andere Person hervorgebracht hat.

Einer Erwähnung bedarf noch der Fall, wenn der Beklagte die Entstehung des Klagrechts in dem vom Kläger behaupteten Umfange bestreitet. Sind die angeführten Klagthatsachen geeignet, das beanspruchte Recht in dem behaupteten Umfange zur Entstehung zu bringen, so liegt in jenem Einwande des Beklagten ein Leugnen der Klagthatsachen, und der Kläger hat diese zu beweisen.

Fälle dieser Art machen daher auch in Beurtheilung der Frage, was vom Kläger zu beweisen ist, keine Schwierigkeit. So kann es z. B. einem Zweifel nicht unterliegen, daß ein Leugnen der Klagthatsachen überhaupt vorliegt, wenn der auf 100 gerichteten Darlehnsklage gegenüber vom Beklagten behauptet wird, er habe nur 50 als Darlehn erhalten, oder wenn der auf 100 aus einem Schenkversprechen beklagte Schenker nur 50 animo donandi versprochen zu haben behauptet, oder endlich, wenn der aus einem Kauf- oder Miethcontracte auf Zahlung einer gleichen Summe als Kaufpreises oder Miethgeldes in Anspruch genommene Beklagte nur zu dem Betrage von 50 gekauft oder gemiethet haben will [5]).

[5]) Daß in den beiden ersten Fällen das Geständniß eines geringern Umfangs des Klagrechts seine Wirkung behält, auch wenn der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht hat, das Recht sei in dem von ihm behaupteten Umfange zur Entstehung gekommen, hängt mit der einseitigen Natur der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse zusammen. In den beiden letzten Fällen handelt es sich um gegenseitige Rechtsverhältnisse, bei denen eben deshalb nach mißlungenem Beweise der Klagthatsachen auch das Geständniß des Beklagten keine Wirkung mehr haben kann. Vgl. Wetzell Syst. S. 108. — Vgl. auch L. 1. §. 4. D. de V. O. und L. 52. D. locati 19. 2.

Auch dinglichen Klagen gegenüber ist ein derartiges theilweises Gestehen und Leugnen denkbar. So kann es z. B. vorkommen, daß gegenüber der auf das Alleineigenthum gestützten Rei vindicatio der Beklagte behauptet, der Kläger sei durch die Thatsachen, wodurch er das Alleineigenthum erworben haben wolle, nur Miteigenthümer geworden, während er, der Beklagte, oder auch ein Anderer Miteigenthümer zu dem übrigen Theile sei. Auch hier sind *diejenigen* Thatsachen geleugnet, welche das Alleineigenthum des Klägers bedingen; *diese* Thatsachen müssen mithin auch von ihm bewiesen werden.

Nicht nach demselben Gesichtspunkte zu beurtheilen ist der Fall, wenn eine Rei vindicatio mit Bezug auf mehrere einzelne Sachen angestellt wird, und der Beklagte das Eigenthum des Klägers an der einen oder andern Sache zugesteht, während er dasselbe bei den übrigen leugnet. Denn vorausgesetzt, daß es sich hier nicht um eine universitas rerum handelt, welche als einzelne Sache angesehen und als solche auch vindicirt werden kann [6]), so liegt hier scheinbar freilich nur eine, in Wirklichkeit jedoch soviel Vindicationen vor, als Sachen, um welche es sich handelt. Die Negation des Eigenthums an der einen oder andern Sache kann sich demnach nur beziehen auf die Vindication *dieser* Sache, und nicht auch auf die Vindicationen der andern, an denen das Eigenthum des Klägers zugestanden ist.

Ganz dasselbe gilt auch von der actio hypothecaria, wenn sie gerichtet wird auf mehrere einzelne Sachen, welche für dieselbe Forderung verpfändet sind, und kann auch bei actiones in personam vorkommen, indem es Fälle giebt, wo eine Mehrheit von Leistungen, die scheinbar nur *einer* Obligation angehören, in Wirklichkeit eine Mehrheit von Obligationen begründet [7]). Wird

---

[6]) Vgl. L. 1. §. 3. D. de rei vind. 6. 1: »Per hunc autem actionem — posse etiam gregem vindicari, Pomponius scribit. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; *grex enim, non singula corpora vindicabuntur.*« Ulpianus. Vgl. auch L. 2. 3. pr. §. 1 eodem.

[7]) Vgl. L. 29. pr. D. de V. O. 45. 1. »Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. Secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedente stipulatione, non fiat

auf dieſe Mehrheit von Leiſtungen auf einmal geklagt, ſo liegt eine Mehrheit von Klagen vor, und geſteht der Beklagte, die eine oder andere Leiſtung ſchuldig zu ſein, während er die Verbindlichkeit zu den übrigen beſtreitet, ſo liegt der einen Klage gegenüber ein Geſtändniß vor, welches in Beziehung auf dieſe Klage den ſonſt dem Kläger obliegenden Beweis überflüſſig macht, während den übrigen Klagen gegenüber ein Leugnen des Klaggrundes vorliegt.

Zum Schluß bleibt noch die Frage zu erörtern übrig, was Rechtens iſt, wenn eine Antwort des Beklagten auf den Klagvortrag zwar erfolgt, aber den Anforderungen des §. 37. des J. R. A. nicht entſpricht. Zwei mögliche Fälle verdienen hier beſonderer Erwähnung. Es iſt nämlich denkbar:

a) daß die Erwiederung auf ſämmtliche oder auf nur einzelne Klagthatſachen ſo dunkel und unbeſtimmt iſt, daß daraus ſchlechterdings nicht erkannt werden kann, ob der Beklagte jene Thatſachen als wahr anerkennen, oder die Wahrheit derſelben beſtreiten will.

b) daß einzelne Klagthatſachen in der Erwiederung des Beklagten gänzlich unberückſichtigt geblieben ſind, während die übrigen entweder geleugnet oder zugeſtanden ſind.

Sollen hier nun die gar nicht oder doch dunkel beantworteten Thatſachen als geleugnet oder als zugeſtanden angeſehen werden?

Soviel ſteht zunächſt feſt, daß für dieſe beiden Fälle die Beſtimmungen der K. G. O. v. 1555. III. 43. §. 4. und des J. R. A.

---

novatio, sed efficiat duas esse stipulationes. Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes, quot res, tamen si pecuniam quis, quae in conspectu ejus est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio; nam per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint, vel plura legata. Sed et familiae, vel omnium servorum stipulatio una est. Itemque quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora.« Ulpianus. Vgl. auch L. 86. 140. pr. §. 1. L. 75. §. 9. D. eodem.

§. 36. 37. nicht Platz greifen können. Diese Bestimmungen setzen nämlich voraus, daß der Beklagte innerhalb der peremtorischen, zur ersten Erwiederung auf die Klage angesetzten Frist sich gar nicht vernehmen läßt, also die Klagthatsachen ganz unbeantwortet läßt. Wenn hier die Klagthatsachen als geleugnet angesehen werden, und demgemäß der Kläger zum Beweise derselben zugelassen wird, so kann ein Gleiches nicht angenommen werden in den beiden oben angegebenen Fällen, welche von dem nach diesen Bestimmungen zu beurtheilenden Falle ganz verschieden sind.

Aber auch für die vorhin aufgeworfene Frage fehlt es nicht an einer gesetzlichen Bestimmung. Nach §. 49. des J. R. A. steht nämlich dem Kläger, „wenn die Nothdurfft und der Sachen Eigenschafft des Gegentheils klare Antwort zu haben erforderte", die Befugniß zu, „etliche kurtze Probatorial-Articul ohne Ueberfluß oder Weitläufftigkeit aus der Substanz des Klag-Libells zu ziehen, und darüber durch den Richter des Gegentheils Antwort zu begehren", und es sollen, wenn hierauf eine Antwort des Beklagten nicht erfolgt, „alsdann derjenige oder diejenige Articul für gerichtlich gestanden, auch die responsiones pro puris angenommen werden", „und der andere Theil zu keinem ferneren Beweiß gehalten sein".

Die hier vorgeschriebene Artikelform ist freilich heutzutage nicht mehr im Gebrauch. Das Wesen dieser Bestimmung ist aber geblieben, und darnach muß der Beklagte auf Antrag des Klägers zu einer nochmaligen bestimmten Erklärung über diejenigen Klagthatsachen aufgefordert werden, welche er in seiner Erwiederung auf die Klage entweder gar nicht oder doch nur dunkel beantwortet hat, und erfolgt dann eine Antwort überhaupt nicht, oder doch keine genügende, so werden jene Thatsachen als zugestanden angesehen [8]).

---

[8]) Vgl. Wetzell Syst. S. 472 flg.

VIII.

Rechtshindernde Thatsachen.

1. Einleitung.

Wenn in diesem Abschnitte rechtshindernde Thatsachen dargestellt werden sollen, so liegt dabei keineswegs die Absicht zu Grunde, alle nur denkbaren Thatsachen dieser Art zusammenzustellen. Dies wäre auch bei der großen Mannichfaltigkeit der einzelnen Rechte, bei der Verschiedenheit der einzelnen Rechtsentstehungsgründe, denen gegenüber die verschiedensten Thatsachen den Character rechtshindernder annehmen können, nicht möglich.

Vielmehr soll nur unter Berücksichtigung der hierauf bezüglichen Quellenentscheidungen an einzelnen Fällen zu zeigen gesucht werden, welche Thatsachen dabei als rechtserzeugende, und welche als rechtshindernd zu betrachten sind. Dadurch wird zunächst die begriffliche Verschiedenheit der rechtserzeugenden Thatsachen einerseits, und der rechtshindernden andererseits zu größerer Klarheit und Anschaulichkeit gebracht werden. Dann wird auch die practische Durchführbarkeit der früher aufgestellten Beweisregel dadurch außer Zweifel gestellt werden, und die bei den einzelnen Ausführungen gewonnenen Gesichtspuncte dürften auch geeignet sein, in andern als den hier besprochenen Fällen eine richtige Vertheilung der Beweislast zu ermöglichen.

Ich habe schon früher, S. 53 ffg., bei Aufstellung der Beweisregeln gesagt, daß dieselben genereller Natur und besonders nicht auf Präsumtionen zurückzuführen sind. Geschieht letzteres auch nicht mehr in der Allgemeinheit, als früher wohl geschehen ist, so findet man doch auch jetzt noch in Lehrbüchern Präsumtionen angeführt, die bei genauerer Betrachtung als solche sich nicht

ſtaltet, und damit auch ihre beſondern Vorausſetzungen wieder verſchieden ſein. So ſetzt die hereditatis petitio die Einſetzung in einem Teſtamente entweder auf die ganze Erbſchaft oder eine Quote derſelben voraus, ſo der Legatsanſpruch die Anordnung deſſelben in Beziehung auf ein beſtimmtes Object in einem Teſtamente oder Codicille.

Zum proceſſualiſchen Klaggrunde im einzelnen Falle gehören nun zweifelsohne dieſe beſonderen Vorausſetzungen des erhobenen Anſpruchs, namentlich auch die Thatſache, daß dieſe beſtimmte Dispoſition in einem Teſtamente bezw. Codicille getroffen iſt, nicht aber auch, daß ein Widerruf nicht erfolgt iſt. Vielmehr iſt es Sache des Beklagten, den geſchehenen Widerruf als eine Thatſache geltend zu machen und zu beweiſen, welche geeignet iſt, zu bewirken, daß die ſonſt gültige Dispoſition ihre rechtliche Bedeutung verliert, und namentlich bewirkt, daß ein letztwilliger Anſpruch nicht zur Entſtehung kommt.

Daß den Beklagten bezüglich des behaupteten Wiederrufs die Beweislaſt trifft, iſt ausdrücklich in den Quellen entſchieden, ſo durch Ulpian in L. 22. D. de probat. 22. 3:

„Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.“

durch Celſus in L. 22. D. de legat. II.:

„— Onus enim probandi, mutatam esse defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.“

und ferner durch Ulpian in L. 11. §. 12. D. de legat. III.:

„Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, Maecianus putat, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse; probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.“

Es iſt in den beiden letzten Stellen nur von Legaten und Fideicommiſſen die Rede; aber was hier geſagt iſt, muß conſequenterweiſe auch von der hereditatis petitio gelten, um ſo mehr, da die erſte Stelle ganz allgemein den Satz ausſpricht, daß den Widerruf zu beweiſen habe, wer ihn behauptet.

Es handelt ſich nun hier immer um einſeitige letzwillige Willensdispoſitionen, und es braucht daher auch nur der Widerruf dieſes Disponenten bewieſen zu werden. Es giebt nun heutzutage auch zweiſeitige letztwillige Dispoſitionen, die Erbver-

träge. Entsteht hier ein wirklicher Erbschaftsanspruch erst mit dem Tode desjenigen Contrahenten, der durch Vertrag ein Erbrecht in sein Vermögen dem andern Contrahenten gegeben hat, so ist jeder auf Aufhebung des Erbvertrags gerichtete neue Contract ein Hinderniß der Entstehung eines wirklichen Erbrechts aus dem Erbvertrage, und wie dort der einseitige, so muß hier der zweiseitige Widerruf ganz nach denselben Grundsätzen von dem Beklagten, der ihn vorschützt, bewiesen werden.

Aber auf andere als Erbverträge läßt sich jener Satz nicht ausdehnen. Die Behauptung des Beklagten, es sei ein solcher Vertrag durch die Contrahenten später widerrufen, kann nur als die Behauptung eines andern Vertrages angesehen werden, der die Bestimmung hat, jenen ersten Vertrag, d. h. das durch diesen hervorgerufene Rechtsverhältniß aufzuheben, also als die Behauptung einer rechtsvernichtenden Thatsache, oder einer exceptio pacti de non petendo, wenn eine solche durch den spätern Vertrag entstanden sein sollte.

4. Thatsachen, welche die Voraussetzung von Ausnahmsbestimmungen sind, als rechtshindernde gegenüber Ansprüchen, die auf Grund der Regel des Rechts erhoben werden.

a. Einleitung.

Wenn dem Rechtssatze, auf Grund dessen ein Anspruch erhoben wird, Ausnahmsbestimmungen zur Seite stehen, so gehört es zu den Voraussetzungen der Entstehung des erhobenen Anspruchs, daß nicht ein Umstand eingetreten ist, welcher unter die Ausnahmsbestimmung fällt. Denn solchenfalls bewirkt dieser Umstand, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, wie sie die Regel des Rechtes zur Rechtsentstehung erfordert, diese Wirkung der Hervorbringung des Rechts im subjectiven Sinne nicht haben. Als rechtserzeugende, und vom Kläger zu beweisende Thatsachen können hier aber nur diejenigen angesehen werden, welche nach der Regel des Rechtes geeignet sind, das beanspruchte Recht zur Entstehung zu bringen, während die Thatsache, woran die Ausnahme geknüpft ist, jenen gegenüber unter den Gesichtspunct einer rechtshindernden, vom Beklagten zu erweisenden Thatsache fällt.

abgeschlossen wird, so bewirkt eben jene Eigenschaft der Sache, daß jenes Rechtsgeschäft, das an sich zur Rechtserzeugung geeignet ist, in diesem Falle ein Recht nicht zur Entstehung bringt [3]). Ebenso bewirkt die gesetzliche Unveräußerlichkeit einer Sache, daß ein darüber abgeschlossenes Veräußerungsgeschäft in diesem Fall das intendirte Recht nicht zur Entstehung bringt, obwohl abgesehen hiervon jenes Geschäft diese Wirkung haben würde [4]).

Ein Gleiches gilt da, wo die Veräußerung einer Sache gesetzlich zwar nicht ausgeschlossen, aber doch nur unter besondern gesetzlichen Voraussetzungen erfolgen kann, wie bei Mündelgütern, die nicht ohne obervormundschaftliches Dekret veräußert werden dürfen [5]).

Wenn daher aus einem über eine Mündelsache abgeschlossenen Veräußerungsgeschäfte auf Erfüllung geklagt wird, ohne daß in dem Klagvortrage dieser Eigenschaft der Sache Erwähnung geschieht, so würde der Einwand des Beklagten, daß er als Mündel jene Sache veräußert habe, als die Behauptung einer rechtshindernden Thatsache erscheinen, die von ihm zu beweisen ist. Denn wenn die fragliche Sache zur Zeit des abgeschlossenen Contractes jene Eigenschaft wirklich hatte, so konnte der vom Kläger behauptete Contract die intendirte Obligation nicht zur Entstehung bringen, was sonst der Fall gewesen sein würde [6]).

d. Thatsachen, welche eine Person erbunfähig machen, sind rechtshindernd gegenüber der hereditatis petitio derselben.

Die Delation des Erbrechts hat außer den besondern Voraussetzungen, daß der Delat entweder als der nächste Intestaterbe, oder durch einen gültigen letzten Willen dazu berufen ist, noch die allgemeine Voraussetzung, daß die Person, welcher deferirt werden soll, erbfähig ist. Die Erbfähigkeit als die die Delation bedingende Eigenschaft steht regelmäßig jeder Person zu,

---

[3]) Vgl. Mommsen Beitr. I. Abtheilg. S. 117 ffg.

[4]) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 22. ffg.

[5]) Vgl. L. 1. §. 2 L. 5. §. 14. 15. D. de reb. eorum, qui sub tutela etc., sine decreto non alienandis. 27. 9.

[6]) Dieser Fall wird auch im letzten Abschnitte (unter X) noch besprochen werden.

aber es giebt auch Perſonen, denen ſie ausnahmsweiſe aus dieſem oder jenem Grunde entzogen iſt[7]). Wenn nun eine hereditatis petitio angeſtellt wird, ſo gehört es nicht zum proceſſualiſchen Klaggrunde, daß nicht ein Umſtand in der Perſon des Delaten vorhanden iſt, mit dem jene Folge der Erbunfähigkeit verknüpft iſt, vielmehr liegt es dem Beklagten ob, einen ſolchen die Erbfähigkeit ausſchließenden Umſtand als Hinderniß der Entſtehung des Erbrechts zu behaupten und zu beweiſen.

e. Der im Teſtamente angeführte Enterbungsgrund eine rechtshindernde Thatſache gegenüber der hereditatis petitio des Notherben.

Das Notherbrecht einer Perſon iſt nach der nov. 115. dadurch bedingt, daß ſie in dem perſönlichen Verhältniß eines Descendenten oder Aſcendententen zum Erblaſſer ſteht. Das Notherbrecht ceſſirt aber dann, wenn gegen den Notherben ein geſetzlich gebilligter Enterbungsgrund vorliegt und zugleich der Erblaſſer unter ausdrücklicher Hervorhebung dieſes Enterbungsgrundes den Notherben enterbt hat. Wenn nun ein Notherbe zur Geltendmachung ſeines Rechts die hereditatis petitio anſtellt, ſo gehört zur Subſtantiirung derſelben weiter nichts, als das perſönliche Verhältniß des Klägers zum Erblaſſer, während die Erhebation und die Wahrheit des angegebenen Enterbungsgrundes als Hinderniß der wirklichen Entſtehung des Notherbrechts vom Beklagten zu behaupten und zu beweiſen iſt.

So entſcheidet auch Juſtinian, indem er in nov. 115. cap. 3. ſagt:

„si — scripti heredes expressam, vel expressas causas, vel unam ex illis veram esse ostenderint, testamentum vim suam habere sancimus.“

f. Die Verkürzung der Quarta Falcidia durch Legate eine rechtshindernde Thatſache gegenüber der Klage eines Legatars.

Wenn der auf Auszahlung eines Legats vom Legatar belangte Erbe behauptet, daß durch daſſelbe die ihm gebührende

[7]) Vgl. Puchta Pand. §. 448.

Quarta Falcidia verkürzt werde, so leugnet er damit das klägerische Recht in dem behaupteten Umfange. Denn wenngleich die Entstehung eines Legats regelmäßig nicht bedingt ist durch die Größe desselben, so ist es doch ausnahmsweise dann und soweit nicht gültig, wenn und soweit es die Quarta Falcidia des Erben verletzt. Die Thatsache der Verletzung der Quarta Falcidia hindert daher die Entstehung des Legats in dem behaupteten Umfange, indem sie dasselbe nur soweit zur Entstehung kommen läßt, als durch dasselbe die Quarta nicht verletzt ist. Es muß demnach der beklagte Erbe beweisen, daß und wieweit durch das Legat die Quarta verletzt ist.

So entscheidet auch Celsus in L. 17. D. de probat. 22. 3.:

„Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam: quod cum probare non potest, merito condemnabitur.“

g. Irrthum als ausnahmsweises Hinderniß der Rechtsentstehung aus juristischen Handlungen im Gebiete des Erbrechts.

Die rechtserzeugende Wirkung der eine juristische Handlung bildenden Willenserklärung ist regelmäßig dadurch nicht gehindert, daß derselben ein Irrthum zu Grunde liegt, vorausgesetzt, daß derselbe nicht ein solcher ist, der den erklärten Willen als nicht vorhanden erscheinen läßt[8]). Ausnahmsweise jedoch ist dem Irrthum als Grund einer Willenserklärung in einigen Fällen die Wirkung beigelegt, die sonst begründete Rechtsentstehung aus der in Frage stehenden Willenserklärung zu hindern, und insofern dies der Fall ist, muß, wenn zu den rechtserzeugenden Thatsachen eine Willenserklärung gehört, der jene Wirkung habende Irrthum vom Beklagten behauptet und bewiesen werden[9]).

Einen Beleg liefert hierfür die schon früher, S. 51 und 52 besprochene L. 12. D. de probat. von Celsus:

„Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et an oblitus, se in testa-

[8]) Vom Irrthum in dieser Beziehung ist weiter unten die Rede.

[9]) Vgl. Römer: Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums §. 9.

mento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed interdum probationes quaedam et a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare judici debet."

Der Klage auf Auszahlung des im Codicille geschriebenen Legates gegenüber behauptete der beklagte Erbe, der Erblasser habe diese Anordnung im Codicille gemacht, nicht wissend, daß er schon im früher errichteten Testamente dem Kläger eine gleiche Summe legirt habe. Er behauptete damit einen Irrthum als Hinderniß der Entstehung eines Legatsanspruches aus der codicillarischen Disposition, die abgesehen von dem Irrthum den Anspruch zu erzeugen geeignet war. Wenn nun in jener Stelle dem beklagten Erben zu beweisen auferlegt wird, daß die Codicillardisposition wirkungslos — „posteriorem (scripturam) inanem esse" — sei, so ist er damit für pflichtig zu beweisen erklärt, daß der Erblasser sich im Irrthume über das im Testamente angeordnete Legat befunden habe.

Diese rechtshindernde Wirkung hat der Irrthum ausnahmsweise bei Handlungen im Gebiete des Erbrechts, und auch hier wieder nicht überall; daher es nicht ohne Interesse ist, die in Betracht kommenden Fälle [10]) hier mitzutheilen.

1. Zu den Voraussetzungen einer Klage gegen den Erben als solchen gehört die Antretung der Erbschaft, d. h. die Erklärung, daß er die Erbschaft will, und diese Willenserklärung muß daher als rechtserzeugendes Factum vom Kläger behauptet und bewiesen werden. Jeder Irrthum des Delaten aber über die Art der Delation [11]) macht jene Willenserklärung unwirksam und muß daher als ein Hinderniß der Rechtsentstehung für den Kläger vom Beklagten behauptet und bewiesen werden.

2. Wenn aus einem Testamente geklagt wird, so ist der Irrthum des Erblassers über seine testamentifactio [12]) im Augen-

[10]) Sie sind aus Savigny Syst. Bd. III. Beil. VIII. 17 und 18. (S. 377. ffg.) entnommen.

[11]) Vgl. L. 22. D. de acquir. hered. 29. 2.

[12]) Vgl. L. 15. D. Qui testam. fac. 28. 1.

blicke der Teſtamentserrichtung ein Hinderniß der Wirkſamkeit des Teſtaments und damit der Rechtsentſtehung aus demſelben, und muß daher vom Beklagten behauptet und bewieſen werden.

3. Wenn der mit der hereditatis petitio klagende Erbe ſich auf ein Teſtament ſtützt, worin er als Erbe geſchrieben ſteht, ſo iſt, wenn der Erblaſſer zu dieſer Erbeinſetzung veranlaßt wurde durch die irrige Annahme, daß ſein Inteſtaterbe oder ein früher eingeſetzter Erbe verſtorben ſei [13]), oder durch die irrige Annahme, der Eingeſetzte ſei ſein naher Verwandter [14]), dieſer Irrthum ein Hinderniß der Entſtehung des klägeriſchen Erbrechts, welches abgeſehen davon aus dem vorliegenden Teſtamente entſtanden ſein würde.

4. Eine rechtshindernde Wirkung hat der Irrthum endlich auch bei Vermächtniſſen, vorausgeſetzt, daß derſelbe von ſolcher Beſchaffenheit iſt, daß angenommen werden muß, der Erblaſſer würde ohne denſelben die in Frage ſtehende Dispoſition nicht getroffen haben. Der Klage auf Auszahlung des Vermächtniſſes gegenüber muß daher der Irrthum von dem auf Auszahlung belangten Erben oder anderweit Onerirten bewieſen werden.

Nach den Quellen könnte es freilich ſcheinen, als ob der Irrthum der Legatsklage gegenüber nicht als rechtshindernde Thatſache in Betracht komme, ſondern für den Beklagten ein Gegenrecht in Geſtalt einer exceptio doli erzeuge. Eine ſolche wird z. B. gegeben in L. 72 §. 6. D. de condit. 35. 1. Papinianus:

„Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisse.“

Allein, daß hier von einer exceptio doli die Rede iſt, dürfte vielleicht dadurch erklärt werden können, wenn man annimmt, daß es ſich um ein ſtreng civilrechtliches Legat handelt, welches vollgültige Kraft hatte, wenn die entſprechende zur Conſtituirung eines Legates nöthige formelle Willenserklärung — per vindicationem, damnationem, sinendi modo und per praeceptionem — vorlag.

---

[13]) Vgl. L. 28. D. de inoff. 5. 2. u. L. 92 D. de hered. inst. 28. 5.

[14]) Vgl. L. 5. Cod. de testam. 6. 23. u. L. 7. Cod. de hered. inst. 6. 24. Siehe die Erklärung dieſer Stelle bei Savigny III. (S. 379. Note f).

Daß bei Fideicommiſſen, bei denen es auf beſtimmte Formen von jeher nicht ankam, bei denen vielmehr der wirkliche Wille des Erblaſſers immer maßgebend war, ein Anderes galt, daß namentlich da, wo bei Legaten eine Unwirkſamkeit ope exceptionis eintrat, bei Fideicommiſſen eine ipso jure Unwirkſamkeit eintrat, eben weil der wirkliche Wille des Erblaſſers das entſcheidende Moment bildete, erhellt auf das Deutlichſte aus L. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. legat. 34. 4. von Ulpian:

„Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videtur, quod relictum est. Sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus, doli exceptione opposita.“

Alſo ein Fideicommiß galt als widerrufen, und damit der Anſpruch des Fideicommiſſars als in ſeiner Entſtehung gehindert, wenn nach Errichtung des Fideicommiſſes zwiſchen dem Erblaſſer und Fideicommiſſar Todfeindſchaft ausgebrochen war, während derſelbe Umſtand die Entſtehung des Legatsanſpruches nicht hinderte, ſondern nur ein Exceptionsrecht dagegen gab.

Dieſe verſchiedene Behandlung bezüglich des Widerrufs läßt es als gerechtfertigt erſcheinen, dieſelbe verſchiedene Behandlung auch bezüglich der Wirkſamkeit des Irrthums eintreten zu laſſen, ſo daß derſelbe, wenn er die Veranlaſſung zur Conſtituirung eines Legats oder Fideicommiſſes bildet, die Legatsentſtehung nicht hindert, ſondern nur eine exceptio doli dagegen giebt, während derſelbe als ein Hinderniß der Entſtehung eines Fideicommißanſpruches angeſehen werden muß, als ein Umſtand, der die fideicommiſſariſche Willenserklärung des Erblaſſers ipso jure unwirkſam macht.

Dieſe Annahme wird unterſtützt durch L. 1. Cod. 6. 44. von Antonin (213 n. Chr.):

„Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem ejus, liberare volentis debitorem, manifeste ostendunt. Et ideo aut peti,

quod solutum est, non potest, aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberetur, agendum est, nisi liquido probari possit, eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse.“

Hier handelt es sich um die Klage aus einem Fideicommiß; dem Inhalt der Lex entsprechend lautete die fideicommissarische Erklärung des Erblassers dahin, daß er dem Schuldner seine Schuld erlasse. Die Klage des Fideicommissars ging demnach auf Grund dieser fideicommissarischen Disposition auf Liberation. Der beklagte Erbe behauptete, der Erblasser habe die Liberation des Schuldners angeordnet in der irrthümlichen Voraussetzung, daß ihm die in Frage stehende Schuld gezahlt sei. Der Kaiser entscheidet, daß die Klage auf Liberation begründet sei, es sei denn, daß der vom Beklagten behauptete Irrthum bewiesen werde. Damit ist aber entschieden, daß der fragliche Irrthum die Entstehung der abgesehen hiervon begründeten Klage auf Liberation zu hindern geeignet sei. Von einer durch den Irrthum für den beklagten Erben begründeten exceptio doli ist keine Rede, vielmehr führen die Worte der Lex direct auf die Annahme einer durch den Irrthum begründeten ipso jure Unwirksamkeit der fideicommissarischen Disposition hin.

Die Ipsojurewirksamkeit des Irrthums bei Fideicommissen wird endlich noch bewiesen durch die L. 12. D. de probat., die oben schon benutzt ist, um zu zeigen, daß der Irrthum da, wo er eine rechtshindernde Wirksamkeit hat gegenüber Willenserklärungen, die durch den Irrthum hervorgerufen sind, von dem aus einer solchen Willenserklärung in Anspruch Genommenen bewiesen werden muß.

Es kommt hier in Betracht das im Codicille geschriebene Vermächtniß. Fiele dasselbe unter den Gesichtspunct eines wirklichen Legates, so würde der Einwand des Beklagten, der Erblasser habe diese Disposition getroffen, weil er nicht mehr gewußt habe, daß er schon im Testamente eine gleiche Summe dem Kläger legirt habe, nach dem eben Gesagten nur in Gestalt einer exceptio doli haben geltend gemacht werden können. Davon ist aber keine Rede, vielmehr führen die Worte der Lex selbst zu der Annahme, daß darin an eine ipso jure Unwirksamkeit gedacht ist, für den Fall, daß die Behauptung des Beklagten wahr ist.

Aus der Stelle geht aber auch nicht hervor, daß hier ein eigentliches Legat vorliegt. Denn wenn die Errichtung eigentlicher Legate, die urſprünglich blos in einem Teſtamente geſchehen konnte, nach ſpäterer Rechtsanſicht auch in einem Codicille möglich war, ſo war doch noch weiter erforderlich, daß dies Codicill vom Teſtator im Teſtamente beſonders beſtätigt war [15]). Daß dies der Fall geweſen ſei bei dem in Frage ſtehenden Codicille, iſt von Celſus, von dem die Stelle herrührt, nicht mitgetheilt worden. Und doch mußte dies mitgetheilt werden, wenn anders die Codicillardispoſition als wirkliches Legat beurtheilt werden ſollte.

Man kann demnach nicht ohne Grund annehmen, daß hier nicht von einem Legate, ſondern von einem Fideicommiſſe die Rede iſt. Dann beweiſt ſie aber auch, daß der Irrthum als Veranlaſſung einer fideicommiſſariſchen Dispoſition dieſe ſelbſt ipso jure unwirkſam machte, und nicht blos eine exceptio doli gegen die Klage des Fideicommiſſars erzeugte.

Wenn nun Juſtinian [16]) den Gegenſatz zwiſchen Legaten und Fideicomiſſen in der Weiſe ausgeglichen hat, daß er den von Fideicommiſſen bis dahin geltenden Grundſätzen den Sieg über die alten ſtrengen Regeln der Legate verſchaffte, ſo muß damit auch die in der ſtrengen Natur der Legate begründete ope exceptionis Wirkſamkeit des Irrthums als beſeitigt angeſehen, und damit der Irrthum einer Vermächtnißklage gegenüber überall als rechtshindernde Thatſache angeſehen werden.

5. Der durch einen Privatact bewirkte Ausſchluß eines jus dispositivum als Hinderniß der Entſtehung des auf dies jus dispositivum geſtützten Anſpruchs.

a. Einleitung.

Liegt es im Begriff des jus dispositivum, daß daſſelbe ein Verhältniß nur in der Weiſe normirt, daß es der Privatwillkühr

---

[15]) Vgl. Gajus II. §. 270: »Item legatum codicillis relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est, nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.«

[16]) Vgl. L. 1. 2. Cod. communia de legatis 6. 43. Goeſchen Vorleſungen Bd. III. 2. Abthlg. S. 552 fg.

gestattet ist, ein Anderes an die Stelle dieser Norm zu setzen, so ist es die gemeinsame Voraussetzung aller auf jus dispositivum beruhenden Ansprüche, daß jenes nicht durch einen Privatact ausgeschlossen ist. Daneben hat jeder auf jus disp. beruhende Anspruch in Gemäßheit desselben seine besondern thatsächlichen Voraussetzungen. Wenn nun diese besondern thatsächlichen Voraussetzungen, womit in concreto die Folge der Entstehung eines Rechts durch jus dispos. verknüpft ist, vorhanden sind, so können dieselben doch nicht die Wirkung der Erzeugung jenes Rechts haben, wenn durch Privatwillkühr in diesem Falle das jus dispositivum außer Anwendung gesetzt ist. Es erscheint daher die Privatdisposition, welche diesen Zweck hat, jenen Thatsachen gegenüber, die als rechtserzeugend zu betrachten sind, als rechtshindernde Thatsache, und die Abwesenheit derselben gehört somit nicht zum processualischen vom Kläger zu beweisenden Klaggrunde, vielmehr ist die Anwesenheit derselben, eben weil sie eine rechtshindernde Thatsache ist, vom Beklagten, der sie behauptet, zu beweisen.

Damit stimmt auch die von Celsus in L. 9. D. de probat. 22. 3. gegebene Entscheidung überein [17]):

„Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius duntaxat debitoris persona arctaretur. Sed quamvis verum est, quod, qui excipit, probare debeat, quod excipitur, attamen de ipso duntaxat, ac non de herede ejus quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet, quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.“

Es ist darin folgender Fall erörtert und entschieden. Der aus einer vom Erblasser contrahirten Schuld in Anspruch genommene Erbe schützt gegen die Klage die exceptio pacti de non petendo vor. Der Kläger in seiner Eigenschaft als Beklagter gegenüber der exceptio — nam reus in exceptione actor — gesteht den Abschluß des pactum de non petendo mit dem Erblasser zu, behauptet aber, daß dasselbe ein Recht für den beklagten Erben gegen ihn nicht zur Entstehung gebracht habe, weil es unter besonderer Beziehung auf die Person des Erblassers abgeschlossen sei, daß also der Wille der Paciscenten den sonst begründeten Erwerb des Exceptionsrechts für den Erben des Beklagten ausgeschlossen

[17]) Vgl. auch v. Helmolt S. 248. ff.

habe. Dieſes ſoll der Kläger beweiſen — petitor probare debet, de ipso duntaxat, ac non de herede ejus quoque convenisse. —

Muß es nun als ein dispoſitiver Rechtsſatz betrachtet werden, daß abgeſchloſſene Verträge nicht blos die Paciscenten, ſondern auch deren Erben berechtigen bezw. verpflichten [18]), ſo daß es von der Willkühr der Paciscenten abhängt, den etwaigen durch den Erben zu machenden Rechtserwerb gleich bei der Vertragsſchließung auszuſchließen, ſo iſt die oben berührte Behauptung des Klägers als Beklagten gegenüber der exceptio weiter nichts als die Behauptung, daß der für den Beklagten nach jus dispositivum begründete Erwerb der exceptio durch beſondere Beſtimmung der Paciscenten ausgeſchloſſen ſei, eine Behauptung, die nach Maßgabe der L. 9. von der ſie vorſchützenden Proceßpartei bewieſen werden muß.

Nach der aufgeſtellten und durch die L. 9. beſtätigten Regel laſſen ſich leicht die folgenden Fälle entſcheiden, die hier noch angeführt werden ſollen, um die Regel noch mehr zu befeſtigen.

b. Teſtament eine rechtshindernde Thatſache gegenüber der hereditatis petitio des Inteſtaterben.

Zum proceſſualiſchen Klaggrunde bei der hereditatis petitio ab intestato gehören nur die beſondern das Inteſtaterbrecht des Klägers bedingenden thatſächlichen Verhältniſſe und beſonders das erforderliche verwandtſchaftliche Verhältniß des Klägers zum Erblaſſer, nicht aber auch, daß ein Teſtament nicht gemacht ſei [19]). Vielmehr kann, da die Inteſtaterbfolge auf jus dispositivum beruht, ſo daß ſie durch Teſtament ausgeſchloſſen werden kann, die Thatſache, daß ein den klagenden Inteſtaterben ausſchließendes Teſtament vorliege, als eine das Inteſtaterbrecht hindernde nur vom Beklagten geltend gemacht und bewieſen werden.

---

[18]) Vgl. L. 13. Cod. de contrah. vel committ. stipul. 8. 37., L. 7. §. 8. de pactis 2. 14. Vgl. auch den Schluß der abgedruckten L. 9.

[19]) Nach Bethmann-Hollweg Verſuche S. 362 ff. ſoll dies allerdings vom Kläger bewieſen werden.

c. Die Verabredung, daß der Verkäufer nicht für Eviction haften solle, eine rechtshindernde Thatsache gegenüber dem Evictionsanspruche des Käufers.

Wenn gegenüber der actio emti auf Evictionsleistung der beklagte Verkäufer behauptet, die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung sei gleich bei Abschluß des Kaufcontracts durch besondern Vertrag ausgeschlossen worden, so behauptet er damit ein Hinderniß der Entstehung des Evictionsanspruches. Denn die Grundsätze über Eviction sind juris dispositivi und können daher durch Uebereinkunft des Käufers mit dem Verkäufer beseitigt werden.

d. Eine ähnliche Verabredung als rechtshindernde Thatsache gegenüber der actio in factum de recepto.

Der mit der actio in factum gegen den nauta, caupo oder stabularius klagende Passagier hat nur die ordnungsmäßige Aufnahme seiner Sachen als die den Anspruch auf Restitution begründende Thatsache zu beweisen. Kann nun aber diese Haftung als auf jus dispositivum beruhend durch Vertrag vor der Aufnahme ausgeschlossen werden [20]), so erscheint ein solcher Vertrag als Hinderniß der Entstehung des Anspruchs auf Restitution, und muß, wenn behauptet, vom beklagten nauta, caupo oder stabularius bewiesen werden.

6. Ansprüchen aus Rechtsgeschäften (Willenserklärungen) gegenüber sind solche Thatsachen, welche den erklärten Willen als nicht vorhanden erscheinen lassen, rechtshindernde Thatsachen.

a. Einleitung.

Bei Ansprüchen aus Rechtsgeschäften gehört zu den rechtserzeugenden Thatsachen die den Thatbestand des Rechtsgeschäfts bildende Willenserklärung des Disponenten bei einseitigen, der Paciscenten bei zweiseitigen Rechtsgeschäften. Dabei kommen aber Wille und die Erklärung desselben nicht als zwei selbstän-

[20]) Vgl. L. 7. pr. D. naut. caup. stabul. 4. 9.: — »Item si praedixerit (sc. nauta etc.), ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenietur.«

dige abgesonderte Momente in Betracht. Denn wenngleich der Wille als das bestimmende Moment wesentlich zur Entstehung eines Rechts aus Rechtsgeschäften ist, so ist derselbe für sich allein doch nicht geeignet, rechtliche Folgen zu bewirken, vielmehr gehört dazu die den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Erklärung desselben, so zwar, daß erst die Willenserklärung als rechtserzeugende Thatsache angesehen werden kann. Die Willenserklärung bei Rechtsgeschäften hat nicht blos den Zweck, Erkennungsmittel des vorauszusetzenden Willens zu sein, vielmehr ist sie selbst die gesetzlich nothwendige Voraussetzung der Rechtsentstehung aus Rechtsgeschäften, so zwar, daß ohne Willenserklärung ein Rechtsgeschäft nicht gedacht werden kann.

Als Gegenstand des Beweises für den Kläger und mithin zum processualischen Klaggrund gehörig kann daher nur die den Thatbestand des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes bildende, auf die Hervorbringung des geltend gemachten Rechts gerichtete Willenserklärung gelten[21]).

Es können nun aber dennoch Thatsachen vorliegen, die zwar nicht die Thatsache der Willenserklärung in Frage stellen, aus denen aber dennoch hervorgeht, daß der Willenserklärung der entsprechende Wille nicht zu Grunde liegt, die also in sofern bewirken, daß die erfolgte Willenserklärung das intendirte Recht nicht hervorbringt.

Macht nun der Beklagte eine solche Thatsache geltend, so liegt darin nach dem Gesagten nicht die Negation der den processualischen Klaggrund bildenden Willenserklärung, da sie mit der Existenz dieser sehr wohl verträglich ist; sie erscheint vielmehr als eine vom Beklagten zu beweisende rechtshindernde Thatsache, da sie die sonst begründete Rechtswirkung der Willenserklärung ausschließt, also die Rechtsentstehung hindert.

Die hier ausgesprochene Auffassung der Willenserklärung findet eine Bestätigung in der L. 12. D. de probationibus von Celsus:

„Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et an

---

[21]) Vgl. Römer Beweislast b. Irrthum S. 46 ffg.

oblitus, se in testamento legasse, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed interdum probationes quaedam et a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, quum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare judici debet."

Es handelt ſich hier um zwei Legatsanſprüche auf eine gleiche Summe. Ueber das erſte im Teſtamente angeordnete Legat iſt nicht geſtritten. Dagegen beſtreitet der auf Auszahlung belangte Erbe die Entſtehung eines Legatsanſpruchs aus der im ſpäter errichteten Codicille ſich findenden Willensdispoſition.

Die zur Hervorbringung eines Legatsanſpruches geſetzlich erforderliche Willenserklärung iſt vorhanden. Die Exiſtenz derſelben iſt nicht beſtritten; wohl aber beſtreitet der beklagte Erbe die Wirkſamkeit derſelben; zwei Gründe führt er für ſich an:

1. Der Erblaſſer habe ſich im Zuſtande der Unwiſſenheit befunden über das frühere teſtamentariſch angeordnete Legat; dieſe Unwiſſenheit hindere die Entſtehung eines Legats aus der codicillariſchen Dispoſition.
2. Der Erblaſſer habe durch die codicillariſche Erklärung nur das im Teſtamente angeordnete Legat wiederholen wollen.

Der beklagte Erbe ſoll nun beweiſen, posteriorem, i. e. scripturam inanem esse, d. h. daß die codicillariſche Erklärung wirkungslos ſei, der Erbe ſoll alſo beweiſen, daß der Erblaſſer im Codicille legirt habe, nicht wiſſend, daß er ſchon einmal im Teſtamente legirt habe, oder nur, um das frühere Legat zu wiederholen.

Beide behauptete Thatſachen werden damit nach demſelben Geſichtspunkte beurtheilt, und die den Beklagten bezüglich dieſer Thatſachen treffende Beweislaſt wird eben ſo beurtheilt, als die Beweislaſt, die den auf Zahlung einer Schuld Belangten trifft, wenn er behauptet, ſchon gezahlt zu haben.

Es kann nun zunächſt, wie ſchon früher nachgewieſen iſt, nicht in Zweifel gezogen werden, daß der vom Beklagten behauptete Zuſtand der Unwiſſenheit über das früher angeordnete

Legat als rechtshindernde Thatsache betrachtet werden muß bezüglich der codicillarischen auf Entstehung eines Legats gerichteten Willenserklärung. Denn dem Zustande der Unwissenheit oder des Irrthums ist, wenn anzunehmen ist, daß ohne diesen die in Frage stehende letztwillige Disposition nicht stattgefunden haben würde, die Wirkung beigelegt, die in diesem Zustande erfolgte Disposition erfolg- und wirkungslos zu machen. Hätte der Erblasser sich nicht im Zustande des Irrthums befunden, und dennoch die fragliche Disposition getroffen, so würde sie einen Anspruch erzeugt haben. Die Entscheidung, daß nicht der Kläger die Abwesenheit, sondern der Beklagte das Vorhandensein des Irrthums als einer rechtshindernden Thatsache zu beweisen habe, erscheint hiernach als ganz consequent.

Als ebenso consequent muß aber auch die Entscheidung betrachtet werden, daß nicht der Kläger zu beweisen hat, duplicare legatum voluisse testatorem, sondern der Beklagte, repetere voluisse testatorem ideoque inanem esse posteriorem scripturam, daß also die codicillarische Disposition einen Anspruch auf das Legat nicht erzeugen könne, weil der Testator das frühere Legat blos habe wiederholen wollen. Denn die zur Entstehung eines Legatsanspruchs erforderliche Willenserklärung des Erblassers liegt unbestritten vor, und der vom Beklagten behauptete gegentheilige Wille des Erblassers kann nur als eine Thatsache betrachtet werden, die, wenn überhaupt wahr, die Wirksamkeit der vorhandenen Willenserklärung auszuschließen geeignet ist, also als eine rechtshindernde Thatsache.

Hiernach kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß bei Ansprüchen aus Rechtsgeschäften die Willenserklärung als eine einheitliche rechtserzeugende Thatsache aufgefaßt werden muß, und daß jede vom Beklagten behauptete Thatsache, die den erklärten Willen als nicht vorhanden erscheinen läßt, als eine die sonst begründete Wirksamkeit der Willenserklärung ausschließende und somit rechtshindernde Thatsache angesehen werden muß.

Unter Zugrundlegung dieser Auffassung sollen jetzt, unter b. bis e. einzelne rechtshindernde Thatsachen dargestellt werden.

b. Physischer Zwang (vis absoluta) eine rechtshindernde Thatsache.

Wenn eine Willenserklärung, die den Thatbestand des Rechtsgeschäfts als der Voraussetzung eines erhobenen Anspruchs bildet, durch physischen Zwang — vis absoluta — hervorgerufen ist, so ist die Thatsache der Willenserklärung allerdings vorhanden; aber die erlittene Gewalt hindert die Entstehung desjenigen Rechts, das ohne dieselbe aus der Willenserklärung entstanden sein würde, indem sie documentirt, daß der Willenserklärung der auf die Rechtsentstehung gerichtete Wille des Erklärenden (Handelnden) völlig ermangelt. Die erlittene Gewalt ist daher eine die Rechtsentstehung aus der Willenserklärung hindernde Thatsache, und daher vom Beklagten zu beweisen.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Willenserklärung nicht durch physische Gewalt, sondern durch psychischen Zwang — vis compulsiva — hervorgerufen ist. Der Rechtswirkung der Erklärung steht hier kein Hinderniß im Wege, da ihr die Wirklichkeit des Willens entspricht[22]). Aber der erlittene Zwang — metus — erzeugt für den Gezwungenen ein Gegenrecht, das in Gestalt der exceptio metus das aus der Willenserklärung entstandene Recht in seiner Wirkung zu hindern geeignet ist[23]).

c. Die Simulation eine rechtshindernde Thatsache.

Sehr oft werden Willenserklärungen gemacht, während die Erklärenden selbst etwas anderes wollen, als sie erklären. Geschieht dies mit dem bestimmten Bewußtsein und mit der erklärten Absicht, daß man eben dasjenige nicht will, was der Willenserklärung gemäß als gewollt angesehen werden muß, so spricht man von einer Simulation. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob die Handelnden überhaupt gar keine rechtliche Folge der abgegebenen Willenserklärung, oder ob sie eine andere wollen als diejenige, als deren rechtliche Voraussetzung die abgegebene Willenserklärung an sich angesehen werden muß, und gleichgültig ist ferner, ob „andere Personen Träger des Rechtsverhältnisses sein sollen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten[24])."

[22]) Vgl. L. 21. §. 5. D. quod metus 4. 2.

[23]) Vgl. Puchta Pand. §. 56.

[24]) Vgl. Savigny Syst. Bd. III. §. 134. (S. 262).

Ist nun die Willenserklärung an sich und abgesehen von der Simulation geeignet, ein Recht zur Entstehung zu bringen, so wird sie in dieser Wirksamkeit gehindert durch die Simulation, indem diese, ebenso wie die im Vorigen besprochene erlittene Gewalt zeigt, daß der Willenserklärung die Wirklichkeit des Willens nicht entspricht. Die Simulation ist daher eine rechtshindernde Thatsache, deren Behauptung und Beweis dem Beklagten obliegt.

d. Die Suspensivbedingung eine rechtshindernde Thatsache [25]).

Die Einrede, daß dem Rechtsgeschäfte, worauf Kläger seinen Anspruch stütze, eine Suspensivbedingung hinzugefügt sei, wird sehr oft unter dem Namen einer exceptio rei non sic, sed aliter gestae als ein Leugnen des processualischen Klaggrundes, also des fraglichen Rechtsgeschäftes aufgefaßt, und darnach dem Kläger der Beweis des als geleugnet angesehenen Rechtsgeschäfts, mitunter sogar auch der Abwesenheit der behaupteten Suspensivbedingung aufgebürdet.

Bei genauerer Prüfung jedoch wird sich zeigen, daß diese Auffassung nicht gerechtfertigt ist, daß vielmehr die behauptete Suspensivbedingung als eine rechtshindernde und mithin vom Beklagten zu beweisende Thatsache angesehen werden muß.

Wird einem Rechtsgeschäfte eine Bedingung hinzugefügt, so müssen die besondern Momente des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes mindestens vorhanden sein, weil ohne dies von einem Rechtsgeschäfte, und deshalb auch von einem bedingten keine Rede sein kann. Zum Kaufcontract z. B. gehört es, daß beide Contrahenten über Waare und Preis ihren Consens in bindender Weise erklärt haben.

Wie nun ein Rechtsgeschäft in seiner äußerlich werdenden Gestalt (Willenserklärung) von den Contrahenten abgeschlossen werden kann, während sie zugleich die bestimmte Absicht haben,

---

[25]) Vgl. über die hier vorgetragene Ansicht auch Kierulff Civilrecht, S. 299. Anm. Die gegentheilige Ansicht ist neuerdings wieder vertheidigt von Unger Oesterr. Privatr. §. 129. Anm.

Andere Schriftsteller über diese vielbesprochene Materie sind bei Wetzell Syst. §. 19. Note 14. citirt.

daß das der Willenserklärung entsprechende Rechtsverhältniß nicht zur Entstehung kommen soll — Fall der Simulation —, so können sie auch den auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses gerichteten Willen von der Wirklichkeit eines subjectiv ungewissen Umstandes (Bedingung, conditio) in der Weise abhängig machen, daß das Rechtsverhältniß als Folge der das Rechtsgeschäft bildenden Willenserklärung nur dann entstehen soll, wenn der als Bedingung gesetzte Umstand sich verwirklicht hat. Gleichgültig ist dabei übrigens, ob die Bedingung vor Abgabe der Willenserklärung oder in unmittelbarer Verbindung mit derselben beredet ist.

Hiernach ist aber nicht der äußere Thatbestand des Rechtsgeschäfts, die Willenserklärung, durch Hinzufügung der Bedingung in die ungewisse Zukunft gestellt, denn sie hat als wirklicher Vorgang stattgefunden, sondern der auf wirkliche und sofortige Entstehung des Rechtsverhältnisses als der Wirkung jenes (geschichtlichen) Actes gerichtete Wille ist bedingt, die Wirklichkeit desselben ist von der Wirklichkeit des subjectiv ungewissen Umstandes abhängig gemacht, und folgeweise auch die Wirkung der Willenserklärung, die Entstehung des beabsichtigten Rechts.

Es ist demnach durch die Hinzufügung der Suspensivbedingung die sofortige Entstehung des Rechts gehindert, zu dessen sofortiger Erzeugung die in Frage stehende Willenserklärung genügt haben würde, wäre jene Bedingung nicht hinzugefügt.

Die Suspensivbedingung und die Simulation sind daher in ihrer Eigenschaft als rechtshindernde Thatsachen ganz gleich. Darin freilich sind beide wieder verschieden, daß die Simulation ein dauerndes Hinderniß der rechtserzeugenden Kraft der Willenserklärung ist, während das in der Suspensivbedingung liegende Hinderniß im Laufe der Zeit durch den möglichen Eintritt derselben beseitigt werden kann[26]). Auf diese bloße Möglichkeit des Eintritts kann aber zunächst nichts ankommen, da immerhin bis zu diesem Momente die Bedingung ein Hinderniß der Rechtsentstehung bleibt.

Gegen diese Ansicht, wonach der Beklagte die von ihm behauptete Hinzufügung der Suspensivbedingung zu beweisen hat,

[26]) Davon, d. h. von dem Eintritt der Bedingung wird im letzten Abschnitt (X.) gesprochen werden.

läßt ſich auch nicht einwenden, daß durch jene Behauptung des Beklagten das ganze vom Kläger behauptete Geſchäft geleugnet werde, weil während Schwebens der Bedingung ein Geſchäft noch gar nicht exiſtire, und daß demnach der Kläger beweiſen müſſe[27]).

Will man dies freilich ſo verſtehen, daß damit ein wirkſames Geſchäft geleugnet werde, ſo iſt dies allerdings richtig. Denn wenn die behauptete Suſpenſivbedingung wirklich hinzugefügt iſt, ſo iſt wenigſtens ſofort ein Recht noch nicht entſtanden, und inſofern das Geſchäft, wenigſtens vorläufig noch wirkungslos.

Die Abweſenheit der Bedingung gehört in ſofern zum materiellen Klaggrunde, und die Exiſtenz dieſes ſoll freilich im Proceſſe feſtgeſtellt werden. Der Kläger aber hat nicht dieſen, ſondern blos den proceſſualiſchen Klaggrund zu beweiſen, und dieſer beſteht nach den obigen Ausführungen nur in dem äußern Thatbeſtande des Rechtsgeſchäfts, d. h. der Willenserklärung, und dieſe iſt jedenfalls nicht geleugnet, vielmehr nur aus dem Grunde, weil eine Suſpenſivbedingung hinzugefügt iſt, derſelben die vom Kläger angeſprochene Rechtswirkung abgeſprochen.

Auch kann man ſich für jenen Einwand nicht auf Quellenzeugniſſe berufen, wie z. B. L. 4. pr. L. 8. D. de reb. cred. 12. 1., §. 4. Inst. de V. O. 3. 15., L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1, L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. u. a. m.[28]).

Denn in dieſen Stellen handelt es ſich gar nicht um die Frage, wer zu beweiſen hat, und was zu beweiſen iſt, vielmehr ſoll daſelbſt nur derjenige Einfluß feſtgeſtellt werden, den die Hinzufügung einer Suſpenſivbedingung zu einem Rechtsgeſchäfte auf letzteres hat. Und da iſt denn allerdings anerkannt, daß ein ſolches Geſchäft dasjenige Recht, das es ſonſt hervorzubringen geeignet iſt, vor Eintritt der Bedingung nicht hervorbringen könne, was auch vorhin ſchon zugegeben iſt.

Daß dies und nichts anderes in jenen Stellen ausgeſprochen iſt, dürfte auch aus folgenden Erwägungen hervorgehen.

In den Quellen, beſonders in den über obligatoriſche Verhältniſſe handelnden Stellen wird faſt immer ein und derſelbe Ausdruck gebraucht, um damit zu bezeichnen nicht blos den Act

[27]) Vgl. z. B. Wetzell a. a. O., der dieſe Einrede unter den Geſichtspunct einer Negation des proceſſualiſchen Klaggrundes bringt.

[28]) Vgl: Unger a. a. O. Wetzell a. a. O. Note 12. und 13.

der Obligirung — den Thatbestand des Rechtsgeschäftes, Contractes —, sondern auch das durch diesen Act begründete obligatorische Verhältniß — Berechtigung und bezw. Verpflichtung zur Leistung —; so z. B. die Ausdrücke: mutuum, commodatum, emtio venditio, locatio conductio, stipulatio u. a. m. Wird ja selbst der Ausdruck obligatio in jenem zweifachen Sinne gebraucht. Wenn nun in den Quellen gesagt wird, daß eine obligatio, mutuum u. s. w. nicht vorliege, so kann das heißen:

1. es ist kein obligirender Act vorhanden, d. h. es fehlt an denjenigen Momenten, sei es allen oder auch nur einigen, welche den Thatbestand des obligirenden Actes bilden (solchenfalls kann selbstverständlich auch von einem etwa entstandenen Rechtsverhältniß keine Rede sein), oder

2. es ist, obgleich der äußere Thatbestand des Rechtsgeschäfts vorhanden ist, doch nicht das intendirte Rechtsverhältniß entstanden.

Welche Bedeutung im einzelnen Falle anzunehmen ist, muß die besondere Prüfung desselben ergeben. Besteht der Grund der Nullität darin, daß es an der Willenserklärung, oder an der Uebereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärung bei zweiseitigen Geschäften fehlt, so liegt zweifelsohne die erste Bedeutung vor. Handelt es sich dagegen um die Feststellung des Einflusses, den anderweite, nicht zum Thatbestande des Rechtsgeschäfts gehörende Thatsachen auf dieses haben, so kann nur jene zweite Bedeutung vorliegen. Denn die einmal abgegebene ein- oder zweiseitige Willenserklärung ist eine Thatsache, die mit dem Moment, wo sie vollendet ist, der Vergangenheit anheimfällt, und welche, einmal geschehen, nicht ungeschehen gemacht werden kann. Es kann sich nur fragen, ob sie rechtliche Folgen hervorgebracht hat, oder ob nicht der Eintritt derselben etwa durch anderweite Thatsachen ausgeschlossen ist.

Wenn nun da, wo von dem Einfluß der Suspensivbedingung die Rede ist, gesagt wird, daß emtio venditio, mutuum, commodatum u. s. w. nichtig (nullum) seien, so soll damit nur der Einfluß bezeichnet werden, den die Bedingung auf die Willenserklärung übt, welcher sie hinzugefügt ist. Es kann demnach auch nur eine Nullität in dem zweiten Sinn angenommen werden.

Wetzell a. a. O. meint freilich, daß nach der Ausdrucksweise der Quellen durch die Bedingung das Geschäft selbst,

nicht blos die Obligatio ſuſpendirt werde. Allein es ſcheint, als ob dabei eine nicht richtige Auffaſſung des Begriffs Rechtsgeſchäft zu Grunde liegt. Er ſagt nämlich, „es werde das Geſchäft ſelbſt, alſo der Wille ſuſpendirt.“ Wetzell ſcheint hiernach zu meinen, daß der Wille den Begriff des Rechtsgeſchäfts bilde, während meiner Anſicht nach nicht der Wille, ſondern die Willenserklärung den Thatbeſtand des Rechtsgeſchäftes ausmacht. Allerdings conſtatirt die bewieſene Bedingung, daß der fraglichen Willenserklärung der auf ſofortige Entſtehung des Rechtsverhältniſſes gerichtete Wille nicht zu Grunde liegt, daß vielmehr die Wirklichkeit dieſes (ſchon erklärten) Willens noch ſuſpendirt iſt. Aber eben weil ſie dies thut, darum iſt ſie ein Hinderniß der ſofortigen Rechtsentſtehung aus jener Willenserklärung.

Eine kurze Vergleichung des vorliegenden Falles mit der ſchon mehrfach (S. 51 fg. 118 fg. 127 fg.) beſprochenen L. 12. D. de probat. von Celſus mag endlich dazu dienen, die hier vertheidigte Anſicht zu beſtärken. Es handelt ſich in dieſer Stelle um das im Codicille geſchriebene Legat, wovon der beklagte Erbe behauptet, daß damit der Erblaſſer das frühere Legat nur habe wiederholen wollen. Dieſe Behauptung legt alſo dem Erblaſſer einen ganz andern Willen unter, als welchen derſelbe erklärt hat, und wenn er wirklich den vom Beklagten behaupteten Willen hatte, ſo konnte durch die codicillariſche Willenserklärung ebenſo wenig ein Legatsanſpruch entſtehen, wie ein Anſpruch nicht entſtehen kann aus einer bedingten Willenserklärung. Will man daher in der vom Beklagten ausgehenden Behauptung, daß eine Bedingung hinzugefügt ſei, ein Leugnen des Rechtsgeſchäfts finden, woraus geklagt wird, ſo zwar, daß nun der Kläger beweiſen müßte, ſo müßte man mit demſelben Recht im Falle der L. 12. cit. in der Behauptung des Beklagten, daß der Erblaſſer blos das frühere Legat habe wiederholen wollen, ebenfalls ein ſolches Leugnen finden, welches den Kläger beweispflichtig macht. Wie nun das letztere nicht der Fall iſt, wie vielmehr Celſus das, was vom Kläger möglichenfalls zu beweiſen wäre, nämlich die auf Errichtung eines Legats gerichtete codicillariſche Willenserklärung, trotz der Behauptung des Beklagten als zugeſtanden anſieht, und vielmehr dem Beklagten den Beweis der gegentheiligen Abſicht zutheilt, ſo muß auch in dem Falle, wenn der Beklagte das vom Kläger behauptete Geſchäft

zugesteht, aber eine Suspensivbedingung behauptet, der Kläger vom Beweise frei bleiben, und dem Beklagten der Beweis derjenigen Thatsache obliegen, von der er behauptet, daß sie die Entstehung des geltendgemachten Rechts aus dem vom Kläger angeführten Thatbestande gehindert habe. Beide Fälle sind demnach ganz nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen.

Wollte man nun auch einmal zugeben, daß in der Behauptung der Suspensivbedingung ein Leugnen desjenigen Geschäfts liege, woraus Kläger den Anspruch erhebt, dann würde es sich weiter fragen, was nunmehr dem Kläger zum Beweise zu verstellen sein würde. Es könnte hier das Behaupten des Beklagten nur als eine der oben[29]) beschriebenen Negationen des processualischen Klaggrundes aufgefaßt werden, die den Kläger verpflichten, dasjenige zu beweisen, was er behauptet hat, und was durch die Gegenüberstellung anderweiter Thatsachen seitens des Beklagten in Abrede gestellt ist, wobei er aber nicht auch zugleich die Unwahrheit der gegenübergestellten Thatsachen zu beweisen hat, während der Beklagte seinerseits diese Thatsachen gegenbeweislich darthun kann, um den vom Kläger geführten Hauptbeweis zu entkräften.

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so müßte Kläger den von ihm behaupteten Thatbestand beweisen, und nicht auch, daß eine Bedingung nicht hinzugefügt sei, vielmehr bliebe es, wenn Kläger seiner Beweispflicht genügt, dem Beklagten blos vorbehalten, dem Beweise des Klägers gegenüber einen Gegenbeweis zu führen, zu dessen Gegenstand er denn freilich auch die Hinzufügung der Bedingung machen könnte. Der Kläger müßte also denjenigen äußern Thatbestand beweisen, den der Beklagte schon zugestanden, dessen Rechtswirkung er aber aus dem Grunde bestritten hat, weil nach seiner Behauptung eine Bedingung hinzugefügt ist. Der Kläger müßte also etwas beweisen, was, weil schon zugestanden, eines Beweises nicht mehr bedarf. Darum kann aber auch die Ansicht, welche zu diesem eigenthümlichen Resultate führt, als richtig nicht anerkannt werden.

Es ließe sich nun die Erwiederung des Beklagten noch in folgender Gestalt denken. Er leugnet das vom Kläger behauptete

---

[29]) Vgl. das unter VII. S. 100 ffg. Gesagte.

Geschäft, behauptet dagegen, daß unter dieser oder jener Suspensivbedingung ein Geschäft zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossen sei, und der von ihm angeführte Thatbestand des Geschäfts wäre abgesehen von der Bedingung ganz und gar identisch mit dem vom Kläger mitgetheilten. Hier würde das Leugnen des Thatbestandes der Klage ein blos scheinbares sein; denn in Wirklichkeit ist derselbe ja zugestanden, und nur das ist vom Beklagten wirklich behauptet, daß jener Thatbestand wirkungslos sei, weil eine Bedingung hinzugefügt sei. Es kann demnach auch hier dem Kläger kein Beweis obliegen, vielmehr würde es Sache des Beklagten sein, zu beweisen, daß die Bedingung hinzugefügt ist [50]).

Es bleibt jetzt noch die Ansicht von Helmolt's [51]) zu erwähnen übrig, welcher die Einrede der Suspensivbedingung als exceptio doli oder pacti auffaßt. Diese Ansicht kann schon um deswillen nicht als gerechtfertigt angesehen werden, weil die Exceptio das Klagrecht als existent voraussetzt, und weil darüber ein Zweifel nicht herrscht, daß ein bedingtes Geschäft vor Eintritt der Bedingung jenes, das Klagrecht, nicht zur Entstehung bringen kann. Die während Schwebens der Begingung vorhandene abstracte Möglichkeit, daß die Bedingung eintreten und damit ein Recht entstehen könne, ist noch kein Recht, dessen Wirkung durch ein in Gestalt der doli exceptio geltend zu machendes Gegenrecht ausgeschlossen werden könnte. Mag es auch noch so dolos sein, wenn Jemand aus einem bedingten Rechtsgeschäfte vor Eintritt der Bedingung klagt, so genügt doch das nicht zur Hervorbringung einer exceptio doli, so lange ein Klagrecht gar nicht da ist. Auch sagt der Beklagte, indem er die Bedingung behauptet, damit gar nicht: „Du handelst dolos, weil du dein Recht geltend machst, unbekümmert darum, daß du dadurch mein entgegenstehendes Recht verletzest." Er sagt vielmehr blos: „Dein Klagrecht ist noch gar nicht entstanden, weil eine Bedingung hinzugefügt ist."

Das was im Vorhergehenden über die Beweisfrage gesagt ist, bezog sich zunächst blos auf wirkliche Bedingungen. Es gilt

[50]) Die Frage, wer in weiterer Folge den Eintritt der Bedingung zu beweisen habe, wird weiter unten im letzten Abschnitt beantwortet werden.

[51]) Vgl. v. Helmolt Verh. d. Excpt. zur Beweislast S. 180. 198 ff.

aber auch dann, wenn die vom Beklagten behauptete Bedingung unter den Gesichtspunkt einer unmöglichen oder unsittlichen fällt, vorausgesetzt jedoch, daß es sich nicht um letzwillige Dispositionen handelt, deren Wirksamkeit durch Hinzufügung solcher Bedingungen nicht gehindert wird [32]).

Denn auch die Hinzufügung einer unmöglichen oder unsittlichen Bedingung hindert die Rechtsentstehung aus dem inter vivos abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, das abgesehen davon das dadurch bezeichnete Rechtsverhältniß zu erzeugen geeignet ist. Diese und die wirkliche Bedingung stehen insofern ganz gleich. Nur darin sind sie verschieden, daß die unmögliche und unsittliche Bedingung die Rechtsentstehung für immer ausschließen, während das in der wirklichen Bedingung liegende Hinderniß später noch, nämlich durch ihren Eintritt, wieder fortfallen kann [33]).

e. Sogenannter unächter Irrthum eine rechtshindernde Thatsache [34]).

Es ist schon unter 4. g. (S. 118 ffg.) in diesem Abschnitte bei Gelegenheit der Erörterung der L. 12. D. de probat. des Irrthums als einer rechtshindernden Thatsache gedacht. In dieser Stelle soll nämlich die codicillarische auf Errichtung des Legats gerichtete Willenserklärung einen Legatsanspruch um deswillen nicht hervor-

---

[32]) Vgl. L. 3. D. de condit. 35. 1.: »Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.« Ueber die Gleichstellung der unsittlichen mit den unmöglichen Bedingungen bei letzwilligen Dispositionen vgl. Savigny Syst. Bd. III. §. 122. (S. 171 fg.)

[33]) Vgl. über die unmöglichen und unsittlichen Bedingungen: §. 11. Inst. de inutil. stipul. 3. 19.: »Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio.« L. 123. D. de V. O. 45. 1.: »Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.« L. 7. §. 3. D. de pactis 2. 14.: »Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.« — Aus diesen Stellen geht zugleich hervor, daß auch nach Anschauung der Römer der Act, dem die Bedingung hinzugefügt wird, dadurch nicht in Frage gestellt wird, sondern nur die Rechtswirkung des Actes, und sie rechtfertigen daher auch die im Text vertheidigte Ansicht, wonach die Bedingung nur als rechtshindernde Thatsache aufgefaßt werden kann.

[34]) Vgl. hierüber Römer, die Beweislast beim Irrthum S. 44 ffg.

gebracht haben, weil der Teſtator dieſe Dispoſition getroffen habe, nicht wiſſend, daß er ſchon einmal legirt habe. Dieſe ignorantia des Erblaſſers iſt allerdings eine die Rechtswirkung jener Willenserklärung hindernde Thatſache, aber nicht aus dem Grunde, weil ſie etwa conſtatirte, daß der Willenserklärung der erklärte Wille nicht zu Grunde liegt. Denn dies bewirkte jene ignorantia nicht, vielmehr war ſie nur der Grund, weshalb der Teſtator jene codicillariſche Dispoſition traf, ſie bildete das Motiv zu dieſer Willenserklärung, der denn auch wirklich der erklärte Wille entſpricht. Dieſe ignorantia fällt unter den Geſichtspunct des von Savigny [55]) ſogenannten ächten Irrthums, dem allerdings die Wirkung beigelegt iſt, die Entſtehung eines Anſpruchs aus einer ſonſt gültigen letztwilligen Dispoſition zu hindern, wenn ſie auf jenem Irrthum beruht.

Hier handelt es ſich aber nicht um einen ſolchen Irrthum, der das Motiv einer Willenserklärung bildet, ſondern um ſolchen Irrthum, deſſen Vorhandenſein eben den erklärten Willen als nicht vorhanden erſcheinen läßt, und der deshalb im Gegenſatz zu dem ächten Irrthum von Savigny [56]) als ein unächter Irrthum bezeichnet wird.

Inſofern nun dieſer Irrthum, wenn er eine Willenserklärung begleitet, zu conſtatiren geeignet iſt, daß der Willenserklärung die Wirklichkeit des Wollens nicht entſpricht, erſcheint derſelbe als ein Hinderniß der Rechtsentſtehung aus jener Willenserklärung, und muß daher von dem aus einer ſolchen Willenserklärung in Anſpruch Genommenen behauptet und bewieſen werden.

In dieſer Weiſe kann der unächte Irrthum als rechtshindernde Thatſache ſowohl einſeitigen, als gegenſeitigen Willenserklärungen (Rechtsgeſchäften) gegenüber vorkommen. Einzelne Beiſpiele werden dieſes erläutern.

α. Unächter Irrthum als rechtshindernde Thatſache, wenn aus einer einſeitigen Willenserklärung, z. B. aus letztwilligen Dispoſitionen ein Anſpruch erhoben wird.

Der mit der hereditatis petitio auftretende Kläger ſtützt ſich auf ein Teſtament, worin er als Erbe geſchrieben ſteht. Sein An-

---

[55]) Savigny Syſt. Bd. III. Beil. VIII XXIV.

[56]) Vgl. Savigny a. a. O.

ſpruch iſt damit ſubſtantiirt, da die rechterzeugende Thatſache, nämlich die auf ſeine Erbeseinſetzung gerichtete Willenserklärung des Erblaſſers vorliegt. Der Beklagte geſteht dies zu, behauptet aber, der Erblaſſer habe bei Niederſchreibung des Namens des Klägers eine ganz andere Perſon vor Augen gehabt, die er als Erben habe einſetzen wollen. Dieſer Irrthum [37]) hindert, wenn wirklich vorhanden, die Entſtehung eines Erbrechts aus der teſtamentariſchen Erklärung, die an ſich geeignet war, ein Erbrecht des Klägers zu erzeugen, und er muß daher vom Beklagten bewieſen werden.

Hier betrifft der Irrthum das Subject, dem hinterlaſſen werden ſoll. Daſſelbe gilt aber auch, wenn der Irrthum ſich bezieht auf das Object der Hinterlaſſung [38]). Wenn z. B. ein Legatar klagt auf Auszahlung einer Sache, die im Teſtamente als ihm legirt geſchrieben iſt, ſo liegt eine genügende Willenserklärung vor; behauptet nun der beklagte Erbe, der Erblaſſer habe an eine ganz andere Sache gedacht, ſo iſt auch hier ein Irrthum als Hinderniß der Entſtehung des Legatsanſpruches behauptet, und muß daher auch von dem Erben bewieſen werden.

β. Unächter Irrthum als rechtshindernde Thatſache gegenüber einem Anſpruche, der auf Grund einer zweiſeitigen Willenserklärung erhoben wird.

Der den Thatbeſtand eines Rechtsgeſchäfts bildenden übereinſtimmenden Willenserklärung zweier Perſonen gegenüber iſt der Irrthum als rechtshindernde Thatſache in mehrfacher Weiſe denkbar, indem er nämlich entweder auf Seite des einen oder andern, oder auch auf Seite beider Erklärenden den erklärten Willen als nicht vorhanden erſcheinen läßt.

Es wird z. B. Jemand aus einem von ihm dem Kläger gemachten Schenkungsverſprechen in Anſpruch genommen; der Beklagte geſteht dieſe vom Kläger behauptete übereinſtimmende Willenserklärung zu, behauptet aber, in der Perſon des Klägers habe

---

[37]) Vgl. L. 9. pr. D. de hered. inst. 28. 5. »Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit, in corpore hominis errans, ... placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.« Ulpianus.

[38]) Vgl. L. 9. §. 1. eodem. »Et si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit.«

er sich eine andere Person vorgestellt, die er habe beschenken wollen. Beklagter behauptet damit, daß *seiner* Willenserklärung der Wille nicht entspreche, und insofern der Irrthum dies constatirt, erscheint derselbe als rechtshindernd der Willenserklärung gegenüber [39]).

Es wird Jemand auf Zahlung des Kaufpreises aus einem über ein vergoldetes Gefäß abgeschlossenen Kaufcontracte belangt. Beklagter behauptet, er oder auch er und der Verkäufer habe das Gefäß für ein goldenes gehalten. Die Uebereinstimmung der beiderseitigen auf den Kauf und Verkauf dieses Objects gerichteten Willenserklärung ist damit zugestanden, aber er behauptet die Wirkungslosigkeit seiner eigenen oder auch beider Willenserklärungen wegen des Irrthums, der constatirt, daß sein, oder auch beider Wille nicht auf ein *vergoldetes*, sondern *goldenes* Gefäß gerichtet war [40]). Es ist demnach der behauptete Irrthum eine rechtshindernde Thatsache gegenüber jener sonst zur Rechtserzeugung genügenden übereinstimmenden Willenserklärung.

In den vorstehenden Fällen ist der Irrthum blos gerichtet gegen die Wirksamkeit der Willenserklärung, weil er den erklärten Willen als nicht vorhanden erscheinen läßt.

Es giebt nun auch Fälle, wo der Irrthum nicht die Willenserklärung, weder des einen noch des andern afficirt (wo also der Willenserklärung der Wille entspricht), sondern nur die zum zweiseitigen Rechtsgeschäfte unbedingt nothwendige Uebereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungen als nicht vorhanden erscheinen läßt. Insofern aber dies Moment der Uebereinstimmung wesentlich ist zum zweiseitigen Rechtsgeschäfte, so ist jede Behauptung, die darauf hinausläuft, daß dieses Moment fehlt, weiter nichts als ein Leugnen des Rechtsgeschäfts als der rechtserzeugenden Thatsache. Behauptet nun der aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte Belangte einen unächten Irrthum, der die Uebereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungen als nicht vorhanden erscheinen läßt, so ist das nicht eine rechtshindernde vom Beklagten zu beweisende Thatsache, sondern ein Leugnen des processualischen Klaggrundes, nämlich der beiderseitigen übereinstimmenden

---

[39]) Vgl. Savigny Bd. III. S. 270.

[40]) Vgl. Savigny III. S. 265. Not. s. f.

Willenserklärungen, und diese sind jetzt vom Kläger zu beweisen [41]).

7. Bemerkungen über ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen [42]).

Was bisher über rechtshindernde Thatsachen gegen Klagen aus Willenserklärungen gesagt ist, kann sich nur auf solche Willenserklärungen beziehen, die man als *ausdrückliche* zu bezeichnen pflegt, die nämlich durch solche Mittel geschehen, welche die Bestimmung haben, als Kennzeichen des Willens zu gelten: durch mündliche oder schriftliche Rede, ja selbst durch bloße Geberden [43]).

Ist es nun an sich gleichgültig, durch welches dieser Mittel eine ausdrückliche Willenserklärung geschieht, so geht daraus zugleich hervor, daß als rechtserzeugendes Factum immer nur die Willenserklärung als solche *angesehen*, und daß diese auch nur zum Beweise verstellt werden kann. Dem beweispflichtigen Kläger bleibt es dann in der Beweisinstanz überlassen, die Thatsache der Willenserklärung dadurch zu beweisen, daß er nachweist, es sei dieselbe durch eins jener Mittel der Erklärung gemacht worden.

Jedenfalls würde es unzulässig sein, in den Beweissatz gleich eine bestimmte Art der Willenserklärung aufzunehmen, z. B. daß der Wille mündlich, oder daß er schriftlich, oder daß er durch irgend eine bestimmte Geberde erklärt sei. Es würde darin nämlich eine unzulässige Beschränkung des Beweispflichtigen in Beziehung auf die Beweismittel liegen; es würde z. B. durch die Beweisauflage, daß die Willenserklärung mündlich gemacht sei, der Beweis einer schriftlich gemachten Erklärung ganz von selbst ausgeschlossen sein.

Ausgenommen hiervon sind selbstverständlich diejenigen Willenserklärungen, die gesetzlich an bestimmte Formen geknüpft sind,

---

[41]) Ueber Fälle eines derartigen Irrthums vgl. *Savigny* Syst. III. S. 267 ff.

[42]) Vgl. hierzu das oben im V. Abschnitt über die Allegationen des Klägers Gesagte.

[43]) Vgl. *Savigny* Syst. Bd. III. S. 242.

so daß sie, ohne diese Formen, rechtlich als Willenserklärungen gar nicht gedacht werden können, z. B. letztwillige Dispositionen, Schenkungen über 500 Solidi, u. s. w. Derartige Willenserklärungen können nur unter Voraussetzung dieser gesetzlich nothwendigen Formen als rechtserzeugend in Betracht kommen, und wie daher der Kläger die Willenserklärung in solcher Form behaupten muß, so kann ihm auch nur ein Beweis dieser formellen Willenserklärung auferlegt werden.

Es giebt nun auch sogenannte stillschweigende Willenserklärungen[44]). Das Wesen derselben besteht darin, daß die Willenserklärung nicht erkannt wird aus Mitteln, deren Zweck es ist, grade diesen Willen zu erklären; dann würden es ja ausdrückliche Willenserklärungen sein. Allerdings geschieht die stillschweigende Willenserklärung auch durch Handlungen, aber nur insofern, als die Vornahme derselben nicht anders vernünftigerweise gedacht werden kann, als unter Voraussetzung des Vorhandenseins des in Frage stehenden Willens in dem Handelnden. Eine derartige Handlung erscheint daher als die natürliche Consequenz dieses Willens, und insofern dies der Fall ist, wird durch einen Rückschluß von der Handlung auf die Existenz des in Frage stehenden Willens geschlossen, und man sagt dann, dieser Wille sei stillschweigend erklärt.

Eine Handlung, welche diese Eigenschaft hat, daß von ihr rückwärts auf den in Frage stehenden Willen geschlossen werden kann, nennt man eine concludente, daher die stillschweigende Willenserklärung selbst eine Willenserklärung durch concludente Handlungen.

Die stillschweigende Willenserklärung ist ebenso Willenserklärung, wie die ausdrückliche, nur daß sie nicht durch Mittel geschieht, welche direct den Zweck haben, Mittel der Willenserklärung zu sein. Aber wie die ausdrückliche Willenserklärung erkannt wird aus den ihr eigenen Mitteln der Erklärung, so erkennt man auch die stillschweigende Willenserklärung selbst aus der concludenten Handlung.

---

[44]) Vgl. Puchta Pand. §. 64. Savigny Syst. III. §. 131 S. 242 ffg. Daselbst sind einzelne in den Quellen vorkommende concludente Handlungen aufgezählt. Vgl. darüber auch Römer, Beweislast b. Irrth. S. 50 ffg.

Kann daher, wenn es sich um Ansprüche aus Willenserklärungen handelt, bei ausdrücklichen Willenserklärungen nicht das Mittel der Erklärung, sondern nur die Thatsache des erklärten Willens als rechtserzeugend angesehen und als solche zum Beweise verstellt werden, so muß eine gleiche Behandlung auch gelten bei stillschweigenden Willenserklärungen.

Wenn also der Kläger im Klagvortrage seinen Anspruch auf eine Willenserklärung stützt, aber nicht diese behauptet, sondern eine concludente Handlung, durch deren Vornahme jener Wille als erklärt angesehen werden soll und kann, so ist nicht die behauptete concludente Handlung als rechtserzeugende Thatsache anzusehen und zum Beweise zu verstellen, eben weil sie nicht rechtserzeugend (in concreto) ist, sondern die Thatsache der Willenserklärung, die in der Behauptung der concludenten Thatsache als behauptet enthalten ist. Ist nämlich die concludente Handlung selbst nur Erkennungsmittel der (stillschweigenden) Willenserklärung, so würde, wenn ein Beweis der concludenten Handlung auferlegt würde, damit jede andere Möglichkeit, die (rechtserzeugende) Thatsache der Willenserklärung zu beweisen, abgeschnitten, und dadurch der Kläger in seinem Recht, die rechtserzeugende Thatsache zu beweisen, wie er es eben kann, in unzulässiger Weise beschränkt werden.

Es wird nun freilich oft in Klagschriften statt der (rechtserzeugenden) Thatsache der Willenserklärung einfach eine concludente Thatsache behauptet, und vom Beklagten werden dann oft, ohne sich direct über die Thatsache der Willenserklärung zu äußern, solche anderweite Thatsachen behauptet, die, wenngleich mit der Wahrheit der concludenten Handlung verträglich, dennoch bewirken, daß jene sonst concludente Handlung in diesem besondern Falle diese Eigenschaft nicht hat, Thatsachen, die sich zu den concludenten verhalten, wie die rechtshindernden zu den rechtserzeugenden Thatsachen, weil sie den Schluß von der an sich concludenten Handlung auf den in Frage stehenden Willen unmöglich machen.

Hier liegt die Versuchung nahe, die concludente Handlung als rechtserzeugende, die vom Beklagten vorgebrachte Thatsache als eine rechtshindernde zu betrachten, und diesem Gesichtspuncte entsprechend im Beweisurtheile zu behandeln. Dies kann aber

nicht als gerechtfertigt angesehen werden, wenn man der obigen Auffassung folgend die concludente Thatsache nicht als rechtserzeugend, sondern nur als Mittel der (stillschweigenden) Willenserklärung betrachtet. Dann können die vom Beklagten vorgebrachten Thatsachen nur als (wenngleich indirecte) Negationen der Thatsache der Willenserklärung aufgefaßt werden, als Thatsachen, deren Beweis ihm nicht principaliter im Beweisinterlocute auferlegt werden kann (wie der Beweis rechtshindernder Thatsachen), die er aber wohl zum Inhalt eines Gegenbeweises machen kann, wenn nämlich der Kläger den ihm auferlegten Beweis der (sein Recht erzeugenden) Willenserklärung durch den Beweis der concludenten Handlung angetreten und geführt hat.

Ein Beispiel mag dies anschaulich machen.

Zu den rechtserzeugenden Thatsachen einer gegen den Erben als solchen zu richtenden Klage aus einer Verbindlichkeit des Erblassers gehört auch die, daß der Erbe, nachdem ihm deferirt ist, durch Antretung wirklich Erbe geworden ist. Dieselbe kann als Willenserklärung ausdrücklich — aditio hereditatis —, oder auch stillschweigend — pro herede gestio — geschehen sein. Letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Delat erbschaftliche Angelegenheiten besorgte [45]). Gleichwohl kann diese Deutung der Handlungsweise des Delaten ausgeschlossen sein, z. B. durch eine jenen Besorgungen hinzugefügte Protestation, d. h. durch die Erklärung des Delaten, daß er diese Angelegenheiten besorge, nicht, weil er die Erbschaft wolle, sondern aus irgend einem andern Grunde, z. B. aus bloßer Pietät gegen den Erblasser [46]).

Stützt nun der Kläger die Antretung der Erbschaft durch den Delaten darauf, daß derselbe erbschaftliche Angelegenheiten besorgt habe, so kann dies dem Kläger nicht zum Beweis verstellt werden. Denn dies, d. h. das Besorgen erbschaftlicher Angelegenheiten ist nicht rechtserzeugende Thatsache, sondern die auf Annahme der Erbschaft gerichtete Willenserklärung des Delaten, die möglicherweise durch jene Besorgungen stillschweigend ausgesprochen sein kann. Diese Willenserklärung also, und nichts mehr kann dem Kläger zum Beweise verstellt werden, und es muß ihm überlassen werden, ob

[45]) Vgl. §. 7. Inst. de hered. qual. 2, 19, L. 20. pr. §. 1. D. de acquirend. hered. 29, 2.

[46]) Vgl. L. 20. pr. §. 1. cit.

er in der Beweisinstanz eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Beklagten beweisen will, und auch im letztern Falle ist er nicht daran gebunden, die von ihm schon im Klagvortrage behaupteten Besorgungen des Delaten zu beweisen, vielmehr steht es ihm frei, den ihm obliegenden Beweis auch durch den Nachweis anderer Besorgungen des Delaten zu führen, vorausgesetzt, daß dieselben als concludente Handlungen erscheinen. Zieht der Kläger es aber vor, die von ihm schon im Klagvortrage behaupteten an sich concludenten Handlungen zu beweisen, um damit den Beweis der fraglichen Willenserklärung zu führen, dann kann nunmehr auch der Beklagte gegenbeweislich etwaige Thatsachen, einerlei ob sie früher von ihm schon behauptet sind oder nicht, beweisen, aus denen hervorgeht, daß aus den an sich concludenten Handlungen in concreto nicht geschlossen werden könne, daß er die fragliche Erbschaft gewollt habe.

Ist es nun aber dennoch wünschenswerth, daß der Richter im Beweisinterlocute über die vom Kläger vorgebrachten concludenten Handlungen und diejenigen Thatsachen ein Urtheil abgebe, welche vom Beklagten in der Erwiederung auf die Klage vorgebracht werden, um den aus jenen an sich concludenten Handlungen zu ziehenden Schluß in concreto als unzulässig darzustellen, so dürfte es sich empfehlen, in der Beweisauflage bezüglich der nur mittelbar behaupteten Willenserklärung hinzuzufügen, daß dieser Beweis als erbracht angesehen werden solle, wenn Kläger die von ihm behauptete concludente Handlung bewiesen habe. Dann würde es in weiterer Folge aber auch nothwendig sein, dem Vorbehalt des Gegenbeweises für den Beklagten hinzuzufügen, daß er für den Fall, daß Kläger den ihm obliegenden Beweis durch Beweis der concludenten Handlung erbringe, zum Object des Gegenbeweises auch die von ihm gegen die concludente Handlung vorgebrachten Thatsachen machen könne.

8. Einige rechtshindernde Thatsachen gegenüber Klagen aus Delicten.

Es giebt Ansprüche, zu deren Hervorbringung eine rechtswidrige Handlung desjenigen gehört, gegen den dieselben gerichtet sind. Dahin gehören die Ansprüche aus den Delicts- und solchen

Obligationen, die ſcheinbar eine contractliche Grundlage haben, in Wirklichkeit aber erſt durch eine delictiſche Handlung hervorgerufen werden, wie z. B. nach römiſchem Recht das interdictum de precario und die actio in factum gegen den agrimensor. Und ebenſo gehören hierher die actiones contrariae aus urſprünglich einſeitigen Obligationen, wenn hier der Gläubiger durch doloſe und bezw. culpoſe Handlung dem Schuldner zur Leiſtung von Intereſſe verpflichtet wird [47]).

Inſofern nun hier die rechtswidrige Handlung die (rechtserzeugende) Vorausſetzung des Anſpruchs iſt, muß ſie auch vom Kläger bewieſen werden. Dies anerkennt Ulpian in der L. 18. §. 1. D. de probat.:

„Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.“

Es iſt hier freilich nur von dolus die Rede. Allein daſſelbe muß auch dann gelten, wenn die rechtswidrige Handlung, woraus der Anſpruch hergeleitet wird, unter den Begriff der culpa fällt, und zwar der culpa levis, da die culpa lata ja ohnehin dem dolus gleichgeſtellt iſt — lata culpa dolo aequiparatur — [48]).

Zum Begriff der rechtswidrigen Handlung gehört nun aber ein zweifaches Moment, nämlich:

a. ein objectives, d. h. die in Frage ſtehende Handlung muß einen rechtsverletzenden Erfolg haben, d. h. es muß ein Recht des Klägers dadurch verletzt ſein, und

b. ein ſubjectives, d. h. der Eintritt des rechtsverletzenden Erfolgs muß dem Handelnden zur Schuld zugerechnet werden können — Moment der Verſchuldung — dolus, lata culpa, levis culpa —.

Wird daher auf Grund einer rechtswidrigen Handlung als der rechtserzeugenden Thatſache geklagt, ſo muß durch den dem Kläger obliegenden Beweis ein dreifaches feſtgeſtellt werden, nämlich: daß die in Frage ſtehende Handlung vom Beklagten vorgenommen, daß dadurch ein Recht des Klägers verletzt iſt, und end-

---

[47]) Vgl. Mommſen Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 398, II. S. 7. 62 ffg.

[48]) Vgl. L. 266. D. de V. S. 50, 16, L. 1. §. 1. D. si mensor 11, 6, L. 29. pr. D. mand. 17, 1.

lich, daß auf Seite des Beklagten der in concreto erforderliche Grad der Verschuldung oder Zurechnung vorliegt.

Diese drei Momente sind aber nicht selbständiger Natur, und namentlich nicht in der Weise, daß jedes derselben eine selbständige Thatsache ausmache, und daß sie als drei verschiedene Thatsachen die Voraussetzung des Anspruchs bildeten. Vielmehr sind sie selbst nur begriffliche Momente einer einheitlichen Thatsache, der rechtswidrigen Handlung. Es verhält sich hiermit fast grade so, wie bei Rechtsgeschäften. Der Thatbestand eines Rechtsgeschäfts nämlich besteht nicht aus dem Willen und der Erklärung desselben als zwei selbständigen und abgesonderten Momenten, sondern wird vielmehr nur durch die einheitliche Thatsache der Willenserklärung gebildet, bei der freilich begrifflich der Wille und die Erklärung desselben unterschieden werden kann. Ebenso ist auch die rechtswidrige Handlung eine einheitliche Thatsache, und die angegebenen Momente können nur als die begrifflichen Merkmale derselben angesehen werden.

Als Gegenstand der Allegation im Klagvortrage, und in weiterer Folge als Gegenstand des dem Kläger obliegenden Beweises erscheint demnach nur die Thatsache der rechtswidrigen Handlung, und nicht die den Thatbestand derselben bildenden begrifflichen einzelnen Momente.

Es kann nun der Fall sein, daß die vom Kläger als Voraussetzung seines Anspruchs behauptete rechtswidrige Handlung sofort als solche, d. h. als eine die oben aufgezählten begrifflichen Momente in sich vereinigende sich darstellt. So wenn vom Kläger zur Begründung der actio legis Aquiliae behauptet wird, Beklagter habe sein, des Klägers Thier erschlagen, oder wenn, um die actio injuriarum zu begründen, behauptet wird, Beklagter habe ihm, dem Kläger eine Ohrfeige gegeben. Der Act der Erschlagung in dem ersten, und die injuriöse Handlung in dem zweiten Falle sind Handlungen, die von vornherein als rechtswidrige nach den oben angegebenen Merkmalen sich darstellen. Würden vom Beklagten jene Handlungen unumwunden gestanden, so würde der Richter in beiden Fällen condemnatorisch erkennen müssen, ohne noch weitere Beweise zuvor vom Kläger verlangen zu können. Dasselbe würde auch der Fall sein, wenn der Beklagte dem Geständniß der Handlung als solcher die Einschränkung hinzufügte,

daß der in concreto erforderliche Grad der Verschuldung oder Zurechnung, z. B. der animus injuriandi nicht vorhanden gewesen sei.

Denn dieser Einwand des Beklagten ist, wenngleich in Wirklichkeit auch begründet, processualisch wenigstens ganz unerheblich. Erheblich wäre er nämlich nur dann, wenn er unter den Gesichtspunct entweder einer Negation des processualischen Klaggrundes (der rechtswidrigen Handlung) oder einer Einrede (rechtshindernden Thatsache) fiele. Es ist aber keins von beiden der Fall.

Sollte dieser Einwand eine Negation des processualischen Klaggrundes sein, so müßte durch den Einwand eine zu demselben gehörende Thatsache verneint sein, ohne welche jener nicht bestehen kann. Dies ist aber hier nicht der Fall; denn das Moment der Zurechnung ist nach den obigen Ausführungen keine selbständige Thatsache, sondern nur ein begriffliches Merkmal der rechtswidrigen Handlung. Man kann nun allerdings sagen, daß das Leugnen eines begrifflichen Merkmales einer rechtswidrigen Handlung ein Leugnen derselben überhaupt sei. Dies wäre an sich richtig, ist es aber nicht vom processualischen Standpuncte aus betrachtet. Es würde sich nämlich, wenn jene Annahme richtig wäre, im Processe fragen, was Kläger nunmehr zu beweisen habe, nachdem der processualische Klaggrund geleugnet ist? Es könnte ihn selbstverständlich nur der Beweis der in Frage stehenden rechtswidrigen Handlung treffen, also einer Handlung, die die oben geforderten Eigenschaften einer rechtswidrigen hat. Er würde also zu beweisen haben, daß der Beklagte sein Thier erschlagen, oder ihm eine Ohrfeige gegeben habe. Ein besonderer Beweis der rechtswidrigen Absicht kann vom Kläger nicht gefordert werden. Denn die Rechtswidrigkeit einer Handlung liegt klar zu Tage, wenn bewiesen wird, daß sie von Jemand vorgenommen ist, der zur Vornahme derselben nicht befugt ist. Diese Rechtswidrigkeit würde hier aber bewiesen sein, wenn Kläger beweist, daß Beklagter sein, des Klägers Thier, erschlagen, oder daß derselbe ihm eine Ohrfeige gegeben habe. Denn zu beiden war der Beklagte nicht befugt. Das was hiernach der Kläger zu beweisen haben würde, wenn man annimmt, daß in dem vom Beklagten behaupteten Mangel der Verschuldung (Zurechnung) ein Leugnen der den processualischen Klaggrund bildenden rechtswi-

drigen Handlung liege, ist aber vom Beklagten in den vorliegenden Fällen schon zugestanden und bedarf demnach keines Beweises mehr. Es kann demnach jener Einwand des Beklagten auch nicht als ein Leugnen des processualischen Klaggrundes aufgefaßt werden.

Ebensowenig kann aber auch der vom Beklagten behauptete Mangel der rechtswidrigen Absicht oder der Verschuldung überhaupt unter den Gesichtspunct einer rechtshindernden Thatsache (Einrede) gebracht werden. Denn einmal ist die hierauf gerichtete Behauptung des Beklagten nach den gegebenen Ausführungen weiter nichts als ein (processualisch gänzlich irrelevantes) Leugnen einer übrigens (processualisch) schon feststehenden begrifflichen Eigenschaft der in Frage stehenden rechtserzeugenden Thatsache, und dann ist jene Behauptung auch nicht die Behauptung einer selbständigen Thatsache, wie es der Begriff einer rechtshindernden Thatsache fordert.

Die hier besprochenen Fälle sind nicht unähnlich denen, wo eine erlaubte Handlung, eine Willenserklärung, die rechtserzeugende Thatsache ist.

Auch dieser gegenüber ist ja die einfach hingeworfene Behauptung des Beklagten, der erklärte Wille sei trotz der Erklärung, die allerdings vorliege, nicht vorhanden, processualisch weder als Negation des processualischen Klaggrundes, noch als Einrede zu betrachten.

Wie aber dieser gegenüber solche bestimmte Thatsachen, die zu constatiren geeignet sind, daß der Willenserklärung die Wirklichkeit des erklärten Willens nicht entspreche, processualisch als rechtshindernde vom Beklagten zu beweisende Thatsachen betrachtet werden müssen, so muß ein Gleiches auch dann angenommen werden, wenn einer rechtswidrigen Handlung gegenüber, welche sofort als solche sich darstellt, der Beklagte bestimmte Thatsachen geltend macht, die zu constatiren geeignet sind, daß das Moment der Verschuldung in concreto doch nicht vorhanden ist.

Zur näheren Erläuterung des Vorstehenden mögen folgende Beispiele dienen [49]:

a. Es wird die actio legis Aquil. darauf gestützt, daß Beklagter des Klägers Sclaven mit einem Wurfgeschoß zu Tode ge-

[49]) Vgl. hierüber Gerber Beitr. S. 76 ffg.

worfen habe. Der Beklagte räumt dieſe Thatſache ein, behauptet aber, dies ſei geſchehen, indem der Sclav in dem Augenblicke, wo das Geſchoß entſandt ſei, unberufen auf den zu Wurfübungen beſtimmten Platz gekommen ſei [50]).

b. Dieſelbe Klage wird darauf geſtützt, daß das Schiff des Beklagten unter deſſen Leitung gegen das des Klägers getrieben ſei und dies dadurch vernichtet habe. Beklagter behauptet dagegen, ſein Schiff ſei von einem gewaltigen Sturm der Art getrieben worden, daß ein Widerſtand überall nicht möglich geweſen ſei [51]).

c. Dieſelbe Klage wird darauf geſtützt, daß Beklagter ſein, des Klägers Sclaven umgerannt und dadurch zu einem Beinbruch gebracht habe. Beklagter geſteht dies Factum zu, behauptet aber, dies ſei bei Gelegenheit eines Ballſpieles geſchehen, wo er und der Sclav ohne ſein Wiſſen aneinander geſtoßen, und letzterer von dieſem Zuſammenſtoß ohne ſein Verſchulden gefallen ſei [52]).

In allen drei Fällen enthält der vom Kläger angeführte Thatbeſtand den Begriff der rechtswidrigen Handlung, wie ihn die actio legis Aquil. erfordert, und es kann daher von einer den Kläger treffenden Beweislaſt keine Rede mehr ſein, wenn jener Thatbeſtand vom Beklagten zugeſtanden iſt.

Die vom Beklagten angeführten Thatſachen ſchließen, wenn ſie wahr ſind, das Moment der Verſchuldung aus und erſcheinen nach dem Obigen jenem Klagthatbeſtande gegenüber als rechtshindernde und deshalb vom Beklagten zu beweiſende Thatſachen.

d. Die actio injuriarum ſtützt Kläger darauf, daß Beklagter ihn geſchlagen habe. Der letztere geſteht dieſe Thatſache, behauptet aber, er habe den Kläger, während er ihn geſchlagen, für ſeinen Sclaven gehalten [53]).

e. Derſelben Klage und derſelben Begründung gegenüber behauptet der Beklagte, er habe ſeinen Sclaven ſchlagen wollen, wider ſeinen Willen aber und unverſehens den in unmittelbarſter Nähe geſtandenen Kläger getroffen [54]).

---

[50]) Vgl. L. 9. §. 4. D. ad leg. Aquil. 9. 2.
[51]) Vgl. L. 29. §. 4 eod.
[52]) Vgl. L. 52. §. 4 eod.
[53]) Vgl. L. 3. §. 4. D. de injur. et fam. lib. 47. 10.
[54]) Vgl. L. 4. eod.

Auch in dieſen beiden Fällen iſt die vom Kläger angeführte Thatſache ſo beſchaffen, daß ſie ſofort als rechtswidrige in dem Sinne erſcheint, wie es bei der actio injuriarum nothwendig iſt. Die vom Beklagten dagegen behaupteten Thatſachen nehmen, wenn wahr, der Klagthatſache den Character einer rechtswidrigen, ſie hindern alſo die Entſtehung einer actio injuriarum und ſind daher auch vom Beklagten zu beweiſen.

Bislang iſt von Fällen die Rede geweſen, wo die vom Kläger behauptete rechtswidrige Handlung ſich ſofort als ſolche, d. h. als eine die begrifflichen Eigenſchaften der rechtswidrigen Handlung enthaltende darſtellt.

Wo dies nicht der Fall iſt, da iſt es nothwendig, daß der Kläger gleich im Klagvortrage beſondere Behauptungen darauf richtet, daß die in Frage ſtehende Handlung die begrifflichen Eigenſchaften einer rechtswidrigen, wie ſie in concreto erforderlich iſt, habe. Sehr oft geſchieht dies durch Anführung anderweiter Thatſachen und Umſtände, die jene Handlung begleitet haben; der Kläger will dadurch dem Richter ſofort Gründe dafür beibringen, daß die in Frage ſtehende Handlung die Eigenſchaften einer rechtswidrigen habe. Laſſen jene anderweiten Thatſachen nun einen Schluß auf die erforderliche Rechtswidrigkeit der Handlung wirklich zu, dann kann eine Mittheilung derſelben inſofern nützlich und zweckdienlich-ſein, als ein etwaiges Geſtändniß derſelben ſeitens des Beklagten ſchon jetzt, ohne daß eine Beweisauflage nothwendig wird, Gewißheit verſchafft über die Exiſtenz der rechtswidrigen Handlung. Die Anführung jener anderweiten Thatſachen iſt aber nicht nothwendig, und ſie ſelbſt können namentlich nicht als zum proceſſualiſchen Klaggrunde gehörig betrachtet werden[55]), da ſie ſelbſt nicht rechtserzeugend, ſondern nur Erkennungsmittel ſind für gewiſſe Eigenſchaften, welche die in Frage ſtehende Handlung haben muß, damit ſie als rechtserzeugende betrachtet werden kann. Ebendeshalb können aber auch jene anderweiten Thatſachen nicht zum Beweiſe verſtellt werden, weil dadurch dem Kläger die Möglichkeit genommen würde, auf irgend welche andere Weiſe darzuthun, daß die behauptete rechtswidrige Handlung

---

[55]) Vgl. hierzu das S. 72 ffg. Geſagte.

vorliege, oder wenn der Act der Handlung selbst zugestanden ist, daß sie die in concreto erforderlichen Eigenschaften einer rechtswidrigen habe. Daher gehört aber auch die Anführung jener anderweiten Thatsachen nicht nothwendig zur Substantiirung der Klage im Klagvortrage, vielmehr muß es als genügend angesehen werden, wenn der Kläger der Anführung der Handlung, welche sein Recht verletzt haben soll, die Behauptung hinzugefügt, daß die erforderliche Verschuldung vorliege. Es ist dann seine Sache, dies in der Beweisinstanz zu beweisen.

Ist nun in der zuletzt angegebenen Weise die erhobene Klage substantiirt, so ist die Behauptung des Beklagten, daß die Verschuldung nicht vorliege, einfache Negation des processualischen Klaggrundes, wobei es denn auch ganz gleichgültig ist, ob jene Behauptung ganz einfach auf die Nichtexistenz der Verschuldung geht, oder ob anderweite Thatsachen behauptet werden, mit deren Wahrheit das Moment der Verschuldung nicht verträglich ist (negatio per positionem). Dem Beklagten kann principaliter niemals der Beweis dieser Thatsachen obliegen, obwohl es ihm freisteht, nach vom Kläger erbrachtem Beweise diese Thatsachen gegenbeweislich darzuthun.

Ganz dasselbe gilt selbstverständlich auch dann, wenn Kläger die Behauptung der vorhandenen Verschuldung gleich im Klagvortrage durch Anführung anderweiter Thatsachen begründet hat, und diesen gegenüber der Beklagte seinerseits Thatsachen geltend macht, die trotzdem die Verschuldung als nicht vorhanden erscheinen lassen. Würden diese Thatsachen unter den Gesichtspunct einer Einrede fallen, wenn man die vom Kläger anderweit angeführten Thatsachen als rechtserzeugende ansehen wollte, so ist jenes doch nicht möglich und denkbar, eben weil dies nicht der Fall ist, und wie dem Kläger nach dem oben Gesagten nicht der Beweis jener anderweiten Thatsachen auferlegt werden kann, so auch nicht dem Beklagten bezüglich der von ihm behaupteten Thatsachen, obwohl es ihm frei steht, diese gegenbeweislich darzuthun, wenn Kläger den ihm obliegenden Beweis des Momentes der Verschuldung durch den Beweis der schon im Klagvortrage anderweit behaupteten Thatsachen erbracht hat.

9. Schluß.

Am Schluß der Darstellung rechtshindernder Thatsachen will ich noch einzelne Beispiele anführen, in denen die Vertheilung der Beweislast, wenngleich mitunter bestritten und auf den ersten Blick schwierig, doch keine Schwierigkeit bereiten kann, wenn man die bislang entwickelten Gesichtspuncte über den Begriff der rechtserzeugenden Thatsachen einerseits und der rechtshindernden andererseits zu Grunde legt. Ich will die Beispiele mit kurzer Angabe der Entscheidung hier folgen lassen.

a. Der mit der hereditatis petitis klagende Intestaterbe hat außer dem bestimmten Verwandtschaftsverhältnisse nicht auch zu beweisen, daß er durch nähere Verwandte nicht ausgeschlossen ist, wie Bethmann-Hollweg Versuche S. 363. annimmt. Die Thatsache, daß ein näherer Verwandter existire, ist eine rechtshindernde, und darum eine vom Beklagten zu behauptende und zu beweisende Thatsache.

b. Wird bei der rei vindicatio das Eigenthum des Klägers auf eine Usucapion gestützt, so ist nicht die bona fides eine rechtserzeugende, sondern vielmehr die mala fides eine rechtshindernde Thatsache [56]). Ebenso hat der Kläger hier nicht den ununterbrochenen Besitz, sondern der Beklagte eine etwaige Besitzunterbrechung zu behaupten und zu beweisen [57]).

c. Wird bei der actio confessoria der Erwerb der Servitut auf Ersitzung gestützt, so hat nicht der Kläger zu beweisen, daß die Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt sei, sondern der Beklagte, daß die Ausübung vi, oder clam, oder precario geschehen sei.

d. Man sagt gewöhnlich, es sei eine wesentliche Voraussetzung der negotiorum gestorum contraria actio, daß die gestio in der Absicht geschehen sei, um dadurch einen Andern zu obligiren — animo obligandi, wie es in den Quellen selbst heißt [58]), — und zieht daraus die Folgerung, daß die Klage nicht begründet sei:

---

[56]) Vgl. Unger §. 123. Note 25.

[57]) Vgl. Unger a. a. O.

[58]) Vgl. L. 29. pr. D. comm. divid. 10. 3. »— negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget.« L. 14. §. 1. eod. »hoc enim

α) wenn der gestor die fremden Geschäfte irrig als die seinigen geführt habe;

β) wenn er sie in der erkennbaren Absicht geführt, dadurch einen Act der Pietät oder Liberalität auszuüben[59]).

Meines Erachtens ist der animus obligandi keine positive Voraussetzung der Klage; wenn man ihn als eine solche hinstellt, so soll damit gewiß nur gesagt werden, daß der gestor die Geschäfte nicht irrig als die seinigen, und daß er sie nicht in der Absicht geführt haben dürfe, dadurch einen Act der Pietät oder Liberalität zu üben. Dann kann der Umstand, daß der gestor irrig glaubte, daß er eine eigene Angelegenheit besorge, und der Umstand, daß er einen Act der Pietät oder Liberalität üben wollte, nur den Charakter rechtshindernder Thatsachen haben, während dann als rechtserzeugende Thatsache nur die zu betrachten wäre, daß der gestor ein fremdes Geschäft besorgt hat.

Anderer Ansicht ist Witte (die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts §. 3.). Nach ihm soll nämlich der Kläger beweisen, daß er fremde Geschäfte animo obligandi gerirt habe. Dabei soll dem Kläger aber eine doppelte Präsumtion zu Hülfe kommen. Stehe nämlich fest, daß das vom Kläger besorgte Geschäft in der That ein fremdes war, so werde ihm auch ohne weitern Beweis geglaubt, daß er dies gewußt habe. Die Präsumtion spreche für das Nichtvorhandensein eines Irrthums. Zeige sich aber, daß fremde Geschäfte mit dem Bewußtsein, daß sie dies seien, unter Aufwand eigener Mittel besorgt seien, so werde wiederum der Versicherung ohne Weiteres Glauben geschenkt, man habe dadurch ein Recht auf Ersatz erwerben wollen. Die Präsumtion spreche gegen eine Schenkung. — Dem Beklagten dominus soll dann der Beweis derjenigen Thatsachen obliegen, die ich soeben als rechtshindernde bezeichnet habe, aber dieser Beweis soll nach Witte nur als Gegenbeweis gegen das vermöge der dem Kläger zur Seite stehenden Präsumtionen für bewiesen zu erachtende Klagfundament anzusehen sein.

Im practischen Resultate stimmt also Witte mit mir überein. Aber er gelangt zu diesem Resultate auf einem Umwege,

casu — tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.«

[59]) Vgl. Wangerow Lehrbuch §. 664. (S. 552 ffg. des III. Bd.

durch Vermittlung von Präsumtionen, die meines Erachtens nicht stichhaltig und darum zu vermeiden sind, um so mehr, da Präsumtionen überall nicht nothwendig sind, um darauf die Vertheilung der Beweislast zu stützen (vgl. das S. 53 ffg. S. 109 ffg. Gesagte). Dies gilt besonders auch für den vorliegenden Fall, in welchem die Seite 50 ffg. aufgestellten Beweisregeln, wie vorhin gezeigt ist, die Vertheilung der Beweislast eher ermöglichen, als die künstlichen Präsumtionen, welche Witte aufgestellt hat, um seine Ansicht durchzuführen, daß der Kläger den animus obligandi zu beweisen habe.

Ebenso kann das Erforderniß, daß die Geschäftsführung vom Geschäftsherrn nicht verboten gewesen ist, nicht als eine positive rechtserzeugende — Voraussetzung der contraria actio aufgefaßt werden, vielmehr ist die Thatsache, daß dem gestor vom Geschäftsherrn die Geschäftsführung verboten war, eine rechtshindernde und daher vom beklagten Geschäftsherrn zu beweisen. Man kann die hier gegebene Entscheidung in der Weise begründen, daß man es als die Regel des Rechts auffaßt, daß die Besorgung eines fremden Geschäfts die act. neg. gest. contr. erzeugt, nur dann nicht, wenn eine jener Thatsachen eintritt, welche soeben als rechtshindernde bezeichnet sind, so daß diese also als die Voraussetzung einer Ausnahmebestimmung erscheinen.

e. Der Verkäufer haftet dem Käufer für Eviction der verkauften Sache, unter andern aber dann nicht, wenn der Käufer wußte, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer war[60]). Auch hier ist in Folge des Verhältnisses von Regel und Ausnahme die Thatsache, daß der Käufer wußte, die verkaufte Sache stehe nicht im Eigenthum des Verkäufers, eine die Entstehung seines Evictionsanspruchs hindernde Thatsache, und muß mithin vom beklagten Verkäufer bewiesen werden[61]).

---

[60]) Vgl. L. 27. Cod. de evict. 8. 45, L. 7. Cod. comm. utr. 3. 38.

[61]) Vgl. Unger §. 123. Note 25.

IX.

Rechtsvernichtende Thatsachen.

1. Einleitung.

Die Frage, ob und wann eine Thatsache den Character einer rechtsvernichtenden habe, ist im Ganzen viel leichter zu beantworten, als die Frage, deren Erörterung der vorige Abschnitt gewidmet ist. In den Gesetzen selbst ist sie für die meisten Fälle schon beantwortet, indem für die einzelnen Rechte oder auch für einzelne Gattungen von Rechten die Rechtsaufhebungsgründe meistens ausdrücklich festgestellt sind.

Es giebt aber auch Fälle, wo in dieser Beziehung, und in Folge davon auch über die Vertheilung der Beweislast großer Streit herrscht. Diese Fälle sind es, welche in den folgenden Erörterungen besprochen werden sollen. Die meisten von ihnen sind schon von Gerber in der mehrfach erwähnten Schrift: „Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast, Jena 1858“ einer eingehenden Erörterung unterzogen. Ich stimme mit seinen Ausführungen in vielen Beziehungen überein, in vielen anderen dagegen kann ich ihm nicht Recht geben, und darum schien es mir nothwendig, jene Fälle hier nochmals einer eingehenden Erörterung zu unterziehen.

2. Beweislast bei der sog. exceptio legis Anastasianae.

Der Kaiser Anastasius bestimmt in L. 22. Cod. mandati 4. 35., daß, wenn einer Cession ein Kaufcontract zu Grunde liege, der Cessionar nicht mehr einklagen solle, als er dem Cedenten für

die Ceſſion der Forderung als Kaufpreis gezahlt habe: „— ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur —.“

Dieſe Beſtimmung iſt von Juſtinian wiederholt in L. 23. eodem, und über die Folgen eines Verſtoßes gegen dieſelbe im §. 1. daſelbſt verfügt:

„ — ut nihil amplius accipiat (sc. is, cui cessa est actio), quam ipse vero contractu re ipsa persolvit; sed omne, quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.“

Hiernach geht die cedirte Forderung im Fall eines Verſtoßes gegen die Lex Anastasiana um denjenigen Betrag unter, um den der Kaufpreis geringer iſt, als der Werth der Forderung. Der Verſtoß bewirkt alſo eine theilweiſe Vernichtung der in Frage ſtehenden Forderung.

Man verſteht nun unter der ſog. exc. leg. Anast. die Behauptung des vom Ceſſionar in Anſpruch genommenen Schuldners, daß der Ceſſionar mehr einklage, als er für die Forderung gegeben habe, und ſtreitet darüber, ob der Ceſſionar beweiſen müſſe, daß er ſo viel für die Forderung gegeben, als er einklage, oder ob vielmehr vom beklagten Schuldner bewieſen werden müſſe, daß und wie viel weniger der Ceſſionar als Kaufpreis gegeben habe.

Bei dieſem Streite iſt leider zu oft Gewicht gelegt auf Geſichtspuncte, die bei der Vertheilung der Beweislaſt gar nicht maßgebend ſein können. Dahin gehört namentlich die Rückſichtnahme auf den etwaigen Zweck des Geſetzes oder auf eine ſonſt etwa nicht mögliche Anwendbarkeit deſſelben. Hiervon geleitet hat man denn oft die Behauptung aufgeſtellt, daß der Ceſſionar beweiſen müſſe, daß er ſoviel für die Forderung gegeben habe, als er einklage.

Dieſe Anſicht kann aber nach den gewöhnlichen Grundſätzen über Beweislaſt nicht als gerechtfertigt angeſehen werden. Da-

nach kann vom Ceſſionar kein anderer Beweis verlangt werden, als der der Entſtehung der Forderung in der Perſon des Cedenten, und daß er durch cessio actionis ſeitens des Gläubigers zur Geltendmachung der gültig entſtandenen Forderung berechtigt ſei. Muß nun jede vom Schuldner behauptete Thatſache, wodurch das einmal entſtandene Recht ganz oder theilweiſe wieder aufgehoben ſein ſoll, auch von dem Schuldner bewieſen werden, ſo muß der debitor cessus auch beweiſen, daß und wie weit ein Verſtoß gegen die Lex Anastasiana vorliegt, da derſelbe nach den oben abgedruckten Worten der L. 23. Cod. von Juſtinian unzweifelhaft den theilweiſen Untergang der cedirten Forderung bewirkt. Er muß alſo beweiſen, daß der Ceſſion als causa ein Kaufgeſchäft zwiſchen Cedenten und Ceſſionar zu Grunde liege, und daß und wie weit der vom Ceſſionar gezahlte Kaufpreis geringer ſei, als die cedirte Forderung. Dabei iſt es auch ganz gleichgültig, welche causa cessionis etwa vom Ceſſionar geltend gemacht iſt. Dieſe kann nämlich niemals als zum proceſſualiſchen Klaggrunde gehörig betrachtet werden, dazu gehört vielmehr blos die Entſtehung der cedirten Forderung und der Act der Ceſſion als des den Ceſſionar zur Geltendmachung der Forderung legitimirenden Umſtandes. Das die causa cessionis bildende Rechtsverhältniß beſteht eben nur zwiſchen Cedenten und Ceſſionar, und geht als ſolches daher den Schuldner nichts an. Für dieſen hat die causa cessionis nur inſofern Bedeutung, als dieſelbe, unter die Lex Anastasiana fallend, für ihn eine theilweiſe Befreiung bewirkt. Darum trifft ihn aber auch hier die Beweislaſt, und er kann nicht von dem Ceſſionar den Nachweis erwarten, daß derſelbe ſoviel für die Forderung gegeben habe, als er einklage.

Scheinbar freilich macht oft das die causa cessionis begründende Rechtsgeſchäft und die Ceſſion nur einen Act aus, und es könnte daher leicht ſcheinen, als ob beides nicht getrennt werden dürfte, und als ob auch beides vom klagenden Ceſſionar bewieſen werden müßte. In Wirklichkeit jedoch liegen immer zwei Rechtsgeſchäfte unterſcheidbar vor, wenn man nur die den Thatbeſtand des ſcheinbar einheitlichen Actes bildenden Momente von beiden Geſichtspuncten aus genauer betrachtet.

Gegen die hier dem debitor cessus zuerkannte Beweislaſt könnte vielleicht mit einigem Scheine geltend gemacht werden, daß

durch die verbotswidrige Ceſſion in der Perſon des Ceſſionars ein geringeres Recht zur Entſtehung komme, und da er einmal die Entſtehung des geltend gemachten Rechtes beweiſen müſſe, ſo habe er auch zu beweiſen, daß das geltend gemachte Recht in dem von ihm behaupteten Umfange zur Entſtehung gekommen ſei, folglich, daß er ſoviel für die Forderung gegeben habe, als er einklage.

Allein dieſer Einwand kann als haltbar nicht angeſehen werden. Denn da durch die Ceſſion die Gläubigerſchaft nicht ſelbſt auf den Ceſſionar übergeht, da dieſe vielmehr nach wie vor bei dem Cedenten verbleibt, und da auf den Ceſſionar nur die Befugniß übergeht, eine (fremde) Forderung in der Weiſe geltend zu machen, daß er das mit der Klage Erlangte für ſich ſelbſt behalten und nicht an den Gläubiger herausgeben ſoll, wozu er als gewöhnlicher Mandatar ad agendum verpflichtet ſein würde, ſo kann außer dem Beweiſe ſeiner Activlegitimation (des Actes der Ceſſion) ihn auch nur diejenige Beweislaſt treffen, die den Cedenten als Gläubiger treffen würde, da er, der Ceſſionar, in Beziehung auf die Klage ja blos Vertreter des Gläubigers iſt. Er hat demnach nur zu beweiſen, daß die geltend gemachte Forderung in dem behaupteten Umfange in der Perſon des Cedenten entſtanden iſt, und daß er zum procurator ad agendum in rem suam beſtellt iſt.

Es kann nun freilich nicht geleugnet werden, daß der dem debitor cessus nach dem Geſagten obliegende Beweis, daß der Ceſſion als causa ein Kaufgeſchäft zu Grunde liege, und daß der Kaufpreis geringer ſei, als der Werth der cedirten Forderung, eben nicht zu den leichteſten zu rechnen iſt, da ihm in den meiſten Fällen eine genauere Kenntniß der zwiſchen dem Cedenten und Ceſſionar getroffenen Vereinbarungen abgehen wird, und es kann daher auch weiter nicht geleugnet werden, daß ihm ſelten die Vortheile der Lex Anastasiana zu Statten kommen werden. Allein dies kann nicht als Grund benutzt werden, um eine Abweichung von den regelmäßigen Grundſätzen über Vertheilung der Beweislaſt eintreten zu laſſen, und eine derartige Abweichung kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß man ſagt, der Geiſt und Zweck des Geſetzes erheiſche ſie. Dieſe Gründe mögen allerdings gewichtig genug erſcheinen, um den Geſetzgeber zu veranlaſſen,

für einen solchen Fall besondere abweichende Regeln über die Beweislast aufzustellen; für den Richter, der das bestehende Recht auf den ihm vorgelegten Fall anzuwenden hat, können sie eine maßgebende Norm nicht sein. Wollte er sie als solche betrachten und berücksichtigen, so würde er damit die Grenzen seiner Befugnisse überschreiten und sich selbst zum Gesetzgeber machen. Auch würde ein solches Verfahren im besondern Grade geeignet sein, Rechtsunsicherheit herbeizuführen, da die Ansichten über den Geist und Zweck eines Gesetzes sehr verschieden sein können.

3. Beweislast bei persönlichen Klagen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation.

a. Einleitung.

Auch bei persönlichen Klagen aus Obligat. sind selbstverständlich die gewöhnlichen Grundsätze über Beweislast maßgebend. Es hat also der Kläger die sein Klagrecht, den obligatorischen Anspruch erzeugenden Thatsachen, und Beklagter abgesehen von den rechtshindernden Thatsachen, die in diesem Abschnitt weiter nicht interessiren, etwaige das obligatorische Recht vernichtende, die Obl. zerstörende Thatsachen, wenn er solche behauptet, zu beweisen.

L. 1. Cod. de probat. 4. 19. Impp. Severus et Antonin.: „Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet.“

L. 25. Cod. de solut. 8. 43. Impp. Dioclet. et Maximian.: „Solutionem asseveranti probationis onus incumbit.“

Die Anwendung dieser einfachen Grundsätze kann zu Schwierigkeiten nicht führen, wenn die persönliche Klage auf Erfüllung des obligatorischen Anspruchs, d. h. auf Vornahme der obligatorischen Leistung gerichtet ist, und der Beklagte dieselbe schon beschafft zu haben behauptet, oder einen andern ipso jure wirkenden Aufhebungsgrund geltend macht. Er hat hier zu beweisen, entweder, daß er die obligatorische Leistung in quali et quanto, wie es die in Frage stehende Oblig. erfordert, vorgenommen hat, oder daß irgend ein anderer Tilgungsgrund ihn befreit, also das Recht des Klägers auf Erfüllung aufgehoben habe.

Dieſe Grundſätze gelten aber auch dann, wenn der Kläger den Klagantrag nicht auf Erfüllung der Obligation, ſondern auf das Intereſſe als nachfolgenden Gegenſtand der Obligation wegen nicht geſchehener Erfüllung, oder, wenngleich zunächſt auf Erfüllung, doch eventuell auf das Intereſſe richtet.

Dies wird jetzt zu zeigen ſein. Ich beziehe mich dabei im Weſentlichen auf die einſchlagenden Erörterungen in Mommſen's „Beiträgen zum Obligationenrecht", und Gerber's „Beiträgen zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislaſt," und ſpreche vorzugsweiſe von dem Falle, wo wegen Nichterfüllung einer Obligation das Intereſſe als nachfolgender Gegenſtand gefordert wird. Denn die hier geltenden Grundſätze gelten im Weſentlichen auch dann, wenn die nicht gehörige oder nicht rechtzeitige Erfüllung, die ja auch nur Fälle der Nichterfüllung überhaupt ſind, den Grund der Intereſſeforderung bildet.

Jede Obligation verpflichtet den Schuldner zu einer beſtimmten Leiſtung an den Gläubiger, deren Vornahme dieſer umgekehrt vom Schuldner zu fordern berechtigt iſt.

L. 3. pr. D. de O. et A. 44. 7. Paulus:

„Obligationum substantia in eo consistit, ut — alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum."

Dieſe Leiſtung muß, um Gegenſtand der obligatoriſchen Berechtigung und Verpflichtung ſein zu können, einen Vermögenswerth für den Gläubiger haben; ohne dies Erforderniß iſt eine Obligation nicht denkbar „— ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt —" [1]).

Erfolgt nun die Leiſtung der obligatoriſchen Verpflichtung gemäß nicht, ſo iſt ein Zweifaches möglich: der Schuldner iſt entweder befreit, oder nicht; erſteres iſt dann der Fall, wenn auch ohne Erfolgen der Leiſtung, des natürlichſten Tilgungsmittels der Obligation, ein anderer ihn befreiender Umſtand, z. B. Novation, eingetreten iſt. Iſt dies der Fall, ſo iſt damit auch das Recht des Gläubigers getilgt, da dies ohne die entſprechende Verpflichtung des Schuldners zur Leiſtung überhaupt nicht gedacht werden kann.

---

[1]) Vgl. L. 9. §. 2. D. de statulib. 40. 7. Vgl. auch L. 8. §. 6. D. mandati 17. 1. L. 32. D. locati 19. 2.

Ist aber ein derartiger den Schuldner befreiender Umstand nicht eingetreten, so erscheint die Nichterfüllung als eine Verletzung des Rechts des Gläubigers auf Erfüllung, eine Verletzung, die der Schuldner mit einem Ersatz, Aequivalent für die unterbliebene Leistung ausgleichen muß. Auf den Grund des Nichterfolgens der Leistung kommt dabei nichts an, immer jedoch unter der Voraussetzung, daß es nicht ein solcher ist, der die vollständige Befreiung des Schuldners zur Folge hat.

So kann der Grund der Nichterfüllung in einer Unmöglichkeit liegen, der vom Recht nicht die Wirkung der Befreiung des Schuldners zuerkannt ist, oder es kann auch lediglich an dem Schuldner liegen, der in Wirklichkeit leisten kann, aber dennoch nicht leistet. Ist hier ein directer Zwang zur Erfüllung nicht möglich, oder hat die jetzige Leistung für den Gläubiger keinen Werth mehr, so muß der Schuldner auch hier ein Aequivalent für die unterbliebene Leistung zahlen[2]).

Und dies Aequivalent, welches der Schuldner zu leisten hat, besteht regelmäßig[3]) in dem Ersatz das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Obligation hat[4]), d. h. der Schuldner muß dem Gläubiger denjenigen Vermögenswerth leisten, der ihm durch die Nichterfüllung der Obligation entgangen ist, also den Vermögenswerth, den die Berechtigung auf Vornahme der obligatorischen Leistung für ihn repräsentirt.

Um nun bestimmen zu können, wie es sich mit der Beweislast verhalte, wenn wegen nicht erfüllter Obligation unmittelbar auf die Ersatzleistung, das Interesse, geklagt wird, ist es nothwendig, das zwischen der Hauptleistung und der Ersatzleistung bestehende Verhältniß etwas näher zu betrachten.

Drei Auffassungen sind denkbar[5]). Man könnte nämlich:

1. den Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung einer Obligation als einen selbständigen obligatorischen Anspruch ansehen. Dann wäre die Nichterfüllung der ersten Obligation

---

[2]) Mommsen Beitr. II. S. 65 ffg.

[3]) Ausnahmsweise braucht blos der einfache Sachwerth, nicht das Interesse als Ersatz für die unterbliebene Leistung gezahlt zu werden. Vgl. Mommsen S. 67. S. 89 ffg.

[4]) Mommsen S. 66.

[5]) Vgl. die nähere Ausführung derselben bei Gerber S. 31 ffg. S. 43 fg.

die den Ersatzanspruch erzeugende Thatsache, und als solche müßte sie, wenn auf das Interesse geklagt würde, vom Kläger bewiesen werden. Dieser Auffassung steht aber ein gewichtiges Bedenken entgegen, indem es sich nämlich fragt, welches fernere Schicksal das erste verletzte Recht nach Eintritt des neuen Rechts hat. Man kann die erste Obligation nicht als aufgehoben betrachten mit dem Eintritt der Ersatzobligation, da für diese Annahme es an einem positivrechtlichen Grunde mangelt; die erste Obligat. würde daher auch nach dem Eintritt der andern immer noch fortbestehen, und zwar ohne die Möglichkeit jemals erfüllt zu werden, weil ja für die Nichterfüllung eine neue Obligation entstanden wäre.

2. Man könnte nun die beiden Obligationen als von vornherein nebeneinander bestehend ansehen. Allein auch diese Auffassung wäre durch nichts gerechtfertigt. Denn einmal ist nicht abzusehen, warum schon eine Ersatzobligation vorhanden sein sollte, zur Zeit, wo die Erfüllung der Hauptobligation vielleicht noch gar nicht erwartet wird, und wo daher auch von einer Nichterfüllung, wofür doch Ersatz geleistet werden soll, noch gar keine Rede sein kann. Und dann würde man, wenn endlich aus der Ersatzobligation geleistet ist, mit gleichem Recht fragen, wo die erste Obligation bleibt, ob dieselbe dadurch als aufgehoben oder nichts destoweniger als fortbestehend, und zwar ebenfalls ohne die Möglichkeit der Erfüllung, angesehen werden soll?

Es bleibt nun noch

3. die letzte, und, wie ich glaube, allein gerechtfertigte Auffassung darzustellen übrig. Demnach wäre der Anspruch auf die ursprüngliche (primäre) Leistung und der Anspruch auf Interesseleistung (nachfolgende, secundäre Leistung) wegen Nichterfüllung als ein einheitlicher Anspruch aus derselben einheitlichen und einzigen Obligation zu betrachten, in der Weise, daß zwar jede der beiden Leistungen die Kraft und Fähigkeit hat, die einheitliche Oblig. aufzuheben, daß aber die zweite Leistung als Ersatzleistung der ersten für den Fall des Nichterfolgens derselben substituirt ist.

Es ist schon oben gesagt, daß die Leistung, die den Gegenstand der Obligation bildet, einen Vermögenswerth für den Gläubiger haben muß. Durch das obligationsmäßige Erfolgen der Leistung wird daher dem Gläubiger derjenige Vermögenswerth zu

Theil, den dieſelbe für ihn repräſentirt, durch die Nichtvornahme entgeht ihm dieſer Werth.

Inſofern nun die obligatoriſche Leiſtung nur von Bedeutung iſt in Rückſicht desjenigen Vermögenswerthes, den ſie für den Gläubiger repräſentirt, darf man wohl den Geſichtspunct aufſtellen, daß als das eigentliche Object der Obligation der Geldwerth der obligatoriſchen Leiſtung erſcheint, daß aber der Schuldner durch Vornahme der urſprünglichen Leiſtung, des Repräſentanten jenes Geldwerthes, ſich von der Verbindlichkeit zur Leiſtung des letztern befreie. Man könnte dies auch ſo ausdrücken: der Geldwerth der Leiſtung iſt in obligatione, die principale Leiſtung in solutione.

Dieſe Ausdrucksweiſe findet ſich freilich nicht in den Quellen [6]; daß aber die derſelben zu Grunde liegende, eben beſprochene Auffaſſung auch bei den Römern herrſchend geweſen iſt, dürfte ſchon daraus hervorgehen, daß bei ihnen ein directer und unmittelbarer auf Vornahme der principalen Leiſtung gerichteter Zwang nicht denkbar war, daß vielmehr der Schuldner, wenn er mit der perſönlichen Klage belangt wurde, immer nur auf den Geldwerth, den die Leiſtung für den Gläubiger repräſentirte, verurtheilt werden konnte. Darin ſpiegelt ſich ganz getreu die Auffaſſung wieder, daß die principale Leiſtung in solutione, der Geldwerth derſelben aber in obligatione iſt, daß alſo nur eine einheitliche Obligation vorliegt. Der Schuldner iſt, rein juriſtiſch betrachtet, dem Gläubiger zur Zahlung des in obligatione befindlichen Geldwerthes verhaftet und muß ſich darauf verurtheilen laſſen. Er kann ſich aber von dieſer Haftung und möglichen Verurtheilung frei machen durch Vornahme der in solutione befindlichen Leiſtung, die, vom practiſchen Geſichtspuncte betrachtet, freilich immer zunächſt von Gläubiger und Schuldner gewollt ſein wird, die aber juriſtiſch immer nur als Tilgungsmittel der Verbindlich-

---

[6]) In einigen Stellen z. B. L. 68. L. 112. §. 1. D. de V. O. 45. 1. kommt allerdings eine ähnliche Ausdrucksweiſe vor, die auch hierauf bezogen werden kann. So iſt in beiden Stellen von stipulationes auf facere die Rede, und da heißt es: »id venit in stipulationem, quod mea interest«, »— semper — in stipulationem venire, quod interesset stipulantis —«. Vgl. auch Vangerow III. §. 567. Anm. 2.

keit auf Zahlung des in obligatione befindlichen Geldwerthes in Betracht kommt[7]).

Heutzutage ist nun freilich auch eine Verurtheilung auf die Leistung in solutione selbst möglich. Allein dadurch ist an der dargestellten Auffassung selbst nichts geändert, da ja, wo jene nicht möglich, und der Schuldner nicht befreiet ist, doch noch immer auf Geld als Ersatzleistung verurtheilt werden muß.

Aus den Quellen läßt sich nun aber auch zur Genüge nachweisen, daß die Römer den Anspruch auf Ersatzleistung in bestehenden obligatorischen Verhältnissen nicht als einen selbständigen durch die Nichterfüllung der Obligat. erst zur Entstehung gebrachten angesehen haben, vielmehr begegnet man überall der Auffassung, daß durch die Nichterfüllung der Obligation diese, wenn ein anderweiter Tilgungsgrund nicht eingetreten ist, nicht aufgehoben wird, daß vielmehr die jetzt noch bestehende Obligation auf den Geldwerth der nicht geschehenen Leistung gerichtet ist. Ueberall wird die Einheit der Obligation und damit zugleich anerkannt, daß nicht die Nichterfüllung der Obligation, sondern die bestehende Obligation der Verpflichtungsgrund zur Leistung des Interesse ist; überall werden die Umstände, die geeignet sind, von der Vornahme der obligatorischen Leistung zu befreien, auch angeführt als Gründe, welche von der Verbindlichkeit zur Zahlung des id quod interest der nicht geschehenen Leistung befreien.

So heißt es in Paul. sent. rec. V. 7. §. 4.

„Cum facto promissoris res in stipulationem deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret. Ideo promissor aestimatione ejus punitur, maxime si in dolum quoque ejus concepta fuerit stipulatio.“

Wenn also die aus der Stipulationsobligation zu leistende Sache vor der Erfüllung durch die Schuld des Schuldners zu Grunde gegangen ist, so ist die Obligation nicht erfüllt, und andererseits ist der Schuldner nicht befreiet. Die vorhandene actio ex stipulatu ist nicht aufgehoben, sie bleibt vielmehr fortbestehen und geht

---

[7]) Eine ähnliche Auffassung, wie die hier für Interesseforderungen dargestellte, findet sich in den Quellen (vgl. L. 44. §. 5. D. 44. 7., L. 115. §. 2. D. 45. 1.) unmittelbar ausgesprochen für den Fall, wenn wegen Nichterfüllung einer Obligation eine Conventionalstrafe verabredet ist. Davon wird später gesprochen werden.

nunmehr auf das Intereſſe, welches der Gläubiger an der Leiſtung der verſprochenen Sache hat.

Dieſelbe Auffaſſung iſt ausgeſprochen in L. 31. §. 11. D. de aedilit. ed. 21, 1. von Ulpian:

„Si mancipium, quod redhiberi oporteret, mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emtoris — homo demortuus sit; nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret.“

Es ſoll alſo die rechtliche Lage des Gläubigers gar nicht alterirt werden, wenn etwa durch die Schuld des Schuldners nicht geleiſtet werden kann, d. h. er behält ſein Klagrecht nach wie vor, und es muß ihm derjenige Vermögenswerth geleiſtet werden (als Intereſſe), den die principale Leiſtung für ihn repräſentirt.

In L. 6. §. 1. D. mandati 17, 1.

„Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur; nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum suscepit; denique teneretur, etsi non gessisset.“

wird von Ulpian als Grund der Haftung des Mandatars das übernommene Mandat angegeben, und aus dieſem Grunde ſoll er auch dann (auf das Intereſſe) haften, wenn er ſeinen Obliegenheiten nicht nachgekommen iſt. Alſo nicht die Nichterfüllung der mandatariſchen Pflicht iſt Grund dieſer Haftung.

In L. 27. §. 2. eodem läßt Gajus den Mandatar, der, wohl einſehend, daß er das übernommene Mandat auszuführen nicht im Stande iſt, zu renuntiiren verſäumte, obwohl er dies mußte und konnte, auf Grund des übernommenen Mandats haften, „quanti mandatoris intersit“, alſo auf das Intereſſe, das der Mandant an der Ausrichtung des Mandats hat; er fügt aber hinzu: „sed si aliqua ex causa non poterit renuntiare, securus erit“, d. h. wenn der Mandatar das Mandat kündigen und damit die Mandatsobligation aufheben wollte, und er daran durch unvermeidliche Umſtände gehindert wurde, ſo ſoll dies ihn von jeder Verbindlichkeit aus dem übernommenen Mandat (auf Leiſtung des quanti intersit mandatoris) befreien. Damit iſt alſo der Umſtand, der von der Ausführung des Mandats befreiet, als

Befreiungsgrund von der Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse anerkannt.

Nach allem diesen [8]) kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß der Anspruch auf Interesse wegen Nichterfüllung nicht selbständiger Natur, sondern nichts weiter ist, als der Anspruch, den die bestehende Obligation dem Gläubiger überhaupt giebt. Der Gläubiger hat also das Recht, von dem Schuldner die Vornahme einer bestimmten Leistung, und falls dies nicht geschieht, die Zahlung desjenigen Vermögenswerthes zu verlangen, den die Vornahme der Leistung für ihn repräsentirt. Dieser Vermögenswerth, das Interesse, bildet somit mit Recht den nachfolgenden Gegenstand der einzigen vorhandenen Obligation, weil er ganz in die Stelle des principalen Gegenstandes einrückt.

Dies eben beschriebene Wesen der Obligation, daß sie trotz ihrer Einheit auf eine eventuelle Mehrheit von sich gegenseitig vertretenden Leistungen (primäre und secundäre, ursprüngliche und nachfolgende) gerichtet ist, ist von Gerber in seinen Beiträgen S. 40 ffg. ganz passend in folgender Weise dargestellt. Indem er davon ausgeht, „daß der Inhalt der Obligation aufzufassen ist als das theilweise Herrschaftsverhältniß der berechtigten Person über die verpflichtete, zufolge dessen einzelne Handlungen der letztern dem Willen der erstern unterworfen sind", unterscheidet er dann ein juristisches und ein practisches Object der Obligation. Unter juristischem Object versteht er die „gebotene, bestimmte und bis zur That gesteigerte Willensrichtung des verpflichteten Subjects." „Das Product dieser That, bestehend in der dem Berechtigten verschafften Herrschaft über körperliche oder unkörperliche Dinge, oder im Genusse von Zuständen, die einen gewissen Werth für das Leben des Menschen haben," also den Vermögenswerth, der dem Gläubiger durch Realisirung der Obligation verschafft werden soll, bezeichnet er als das practische Object derselben. Da nun dieser Zweck auf eine zweifache Weise erreicht werden kann, nämlich durch Vornahme der principalen Leistung, worauf der Wille der Contrahenten vorzugsweise gerichtet ist, oder wofern dies nicht geschieht, durch directe Leistung des Vermögenswerthes (Interesse), so kann hier ein zweifaches

[8]) Vgl. auch noch L. 91. D. de V. O. 45. 1.

practiſches Object der Obligation, die principale und die nachfolgende Leiſtung unterſchieden werden. Dieſe Verſchiedenheit des practiſchen Objects hindert aber nicht die juriſtiſche Einheit der Obligation.

Das Rechtsobject, „der auf das obligationsmäßige Handeln abſolut gerichtete Willenszwang", worin die rein juriſtiſche Seite der Obligation hervortritt, bleibt immer ein und daſſelbe, mag nun der Schuldner die principale oder die nachfolgende Leiſtung vornehmen. In beiden Fällen gehorcht er *demſelben einen* Willenszwange, der ihm durch die Obligation auferlegt iſt. Es iſt demnach in derſelben Obligation „*ein* Rechtsobject mit dem Gefolge *zweier* practiſcher Objecte vorhanden."

Wenngleich nun dieſe Darſtellung recht geeignet iſt, das Weſen einer Obligation, inſofern ſie auf eine principale und eine nachfolgende (ſtellvertretende) Leiſtung gerichtet iſt, anſchaulich zu kennzeichnen, ſo ſcheint mir doch die oben beſprochene Ausdrucksweiſe, nämlich die principale Leiſtung als in solutione, die nachfolgende (Intereſſe-) Leiſtung als in obligatione befindlich zu bezeichnen, den Vorzug zu verdienen. Denn immerhin iſt der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger einen beſtimmten Vermögenswerth zu leiſten, und da dieſer durch die principale Leiſtung repräſentirt wird, ſo erſcheint die Vornahme dieſer (solutio) als ein Tilgungsmittel des Anſpruchs auf Leiſtung des Vermögenswerthes.

Bevor ich daran gehe, die Grundſätze über Beweislaſt auf die bis jetzt beſprochenen Intereſſeforderungen in Anwendung zu bringen, muß ich noch eines Punctes Erwähnung thun, der bislang noch nicht hat berückſichtigt werden können. Wenn, wie ich glaube, der Geſichtspunct richtig iſt, daß als Gegenſtand der Obligation der Werth der zunächſt gewollten Leiſtung anzuſehen iſt, ſo muß dem Schuldner auch die Befugniß zuerkannt werden, ſich bis zu einem gewiſſen meiſtens ſchon aus der Natur der principalen Leiſtung folgenden Momente durch Vornahme der letztern zu befreien. Denn wenn Contrahenten dieſe Leiſtung zunächſt gewollt haben, ſo iſt aus dieſem Wollen auch zugleich ein Recht für den Schuldner erworben, und er kann verlangen, nicht eher auf den Werth dieſer Leiſtung belangt zu werden, als er noch vermöge der Obligation und der ganzen Anlage des Verhältniſſes

ſich durch Vornahme der principalen Leiſtung befreien ka
darf. Allerdings iſt der Anſpruch auf das Intereſſe, weil
ſtiſch identiſch mit dem Anſpruch auf die principale Leiſtu
fort von dem Augenblick der eingegangenen Obligation a
klagbarer entſtanden, aber der Schuldner kann jede vor den
mente, bis zu welchem er die principale Leiſtung vorzunehm
rechtigt iſt, angeſtellte Klage durch Vorſchützung einer aus d
Recht entnommenen Exceptio mit Erfolg zurückſchlagen. L
z. B. der Mandatar auf das Intereſſe belangt würde, noch
vor es wegen der Natur der auszurichtenden Geſchäfte mög
wäre, dieſe vorzunehmen, ſo würde er ſich jedenfalls exceptio
weiſe gegen die actio mandati vertheidigen können.

Man kann in ſolchem Fall nicht, wie das wohl geſchieht
von einer einſtweiligen Suſpenſion der Geltendmachung des an
ſich entſtandenen Rechts ſprechen, vielmehr iſt, da jedes Recht, von
wenigen Fällen abgeſehen, das Moment der Klagbarkeit begrifflich
in ſich trägt, mit der Entſtehung der Obligation für den Gläubi-
ger auch ein klagbarer Anſpruch vorhanden. Allerdings wird in
einigen Stellen (vgl. L. 72. §. 2. L. 73. pr. L. 98. §. 1. D. de
V. O. 45, 1.) mit Bezug auf einzelne Fälle, wo die Natur der
in solutione befindlichen Leiſtung einen gewiſſen Verzug mit ſich
bringt, ſo geſprochen, als könne vor Eintritt des Momentes, wo
die Leiſtung ihrer Natur nach erfolgen ſoll, nicht geklagt werden.
Allein damit ſoll gewiß nicht die Klagbarkeit des Anſpruchs bis
zu dieſem Momente geleugnet werden, vielmehr ſoll damit wohl
nur geſagt ſein, daß mit Erfolg bis zu dieſem Momente nicht ge-
klagt werden könne, weil der Schuldner bis dahin das Recht zur
Vornahme der in solutione befindlichen Leiſtung habe [9]).

Ich wende mich nunmehr zur Anwendung der Beweisregeln
auf Intereſſeforderungen der beſchriebenen Art. Sie geſtaltet ſich
höchſt einfach.

Es iſt gezeigt worden, daß der Verpflichtungsgrund, Intereſſe
als den nachfolgenden Gegenſtand einer Obligation zu leiſten, nicht

---

[9]) Vgl. die frühern Erörterungen über derartige Ausdrucksweiſen in den Quellen, beſonders über diei adjectio (S. 41 ffg.).

in der Nichterfüllung derſelben, ſondern nur in dem Entſtandenſein der obligatoriſchen Berechtigung beſteht. Mithin kann vom Kläger kein anderer Beweis verlangt werden, als der, welchen er zu führen haben würde, wenn er unmittelbar auf die principale Leiſtung klagt. Er hat mithin nur die ſeine obligatoriſche Berechtigung erzeugenden Thatſachen zu beweiſen. Selbſtverſtändlich hat er dabei auch den Umfang des beanſpruchten Intereſſes zu beweiſen [10]), weil das Recht, welches er als entſtanden und vorhanden beanſprucht, ohne Angabe des Inhaltes und Umfanges nicht gedacht werden kann. Jeder Umſtand, der die Obligation zu vernichten geeignet iſt, vernichtet die Forderung auf Leiſtung des Intereſſe, da dieſe mit der principalen Leiſtung juriſtiſch identiſch iſt. Muß nun jede vom Beklagten behauptete, das Klagrecht vernichtende Thatſache von dieſem bewieſen werden, ſo muß auch der auf Zahlung des Intereſſe belangte Schuldner behaupten und beweiſen, entweder daß er ſeiner obligatoriſchen Obliegenheit in quali et quanto nachgekommen iſt, alſo die Leiſtung in solutione effectuirt hat, oder daß ein anderer ihn befreiender und das Recht des Klägers vernichtender Umſtand eingetreten iſt.

Hat nun ferner, wie ſchon bemerkt, der Schuldner bis zu einem gewiſſen Momente die Befugniß, durch Vornahme der principalen Leiſtung ſich Liberation von dem Anſpruch auf Leiſtung des Intereſſe zu verſchaffen, ſo iſt es ſeine Sache, gegen die vor jenem Momente angeſtellte Klage dieſe Befugniß exceptionsweiſe geltend zu machen, um eine ſonſt eintretende Verurtheilung auf das Intereſſe auszuſchließen.

Gerber in ſeinen Beiträgen S. 51 fg. S. 139 ffg. geht hier von dem ſchon vorhin als unrichtig bezeichneten Geſichtspuncte aus, daß „die Geltendmachung der Obligation in der Richtung auf die ſecundäre Leiſtung (Intereſſe) auf den Moment ſuſpendirt ſei, in welchem die primäre Leiſtung ganz oder theilweiſe unmöglich oder unpractiſch geworden iſt,“ und indem er dieſen Moment als den Fälligkeitsmoment für die ſecundäre Leiſtung, vergleichbar in dieſer Beziehung dem dies adjectus, betrachtet, ſieht er denſelben als zum proceſſualiſchen Klaggrund gehörig an, ſo daß

---

[10]) In den Fällen, wo auf Rechnungsablegung geklagt wird, tritt wegen der beſondern Natur dieſer Klagen ein Anderes ein.

alſo der Kläger außer den die Obligation erzeugenden Thatſachen auch noch beweiſen ſoll, es ſei dieſer Fälligkeitsmoment der ſecundären Leiſtung gekommen. Da indeß der Geſichtspunct, von wo aus Gerber zu dieſen Folgerungen gelangt, als richtig nicht zugegeben werden kann, ſo können auch dieſe Folgerungen als begründet nicht angeſehen werden, und namentlich kann es darnach nicht als eine zum proceſſualiſchen Klaggrunde gehörende Thatſache aufgefaßt werden, daß der Fälligkeitstermin für die ſecundäre Leiſtung eingetreten iſt.

Da nun aber der Schuldner die Befugniß hat, ſich durch Vornahme der in solutione befindlichen Leiſtung zu befreien, eine Befugniß, die wie jede andere wieder untergehen kann, namentlich auch dadurch, daß jene Leiſtung in Wirklichkeit nicht mehr beſchafft werden kann, ſo kann der den Anſpruch auf das Intereſſe verfolgende Kläger, wenn der Beklagte excipiendo jene Befugniß geltend machen ſollte, dieſe ſeinerſeits wieder als aufgehoben darſtellen. So könnte, wenn der zur Tradition einer Sache verpflichtete Verkäufer auf das Intereſſe belangt würde und er für ſich noch das Recht in Anſpruch nähme, die Leiſtung in natura beſchaffen zu dürfen, der klagende Käufer dagegen geltend machen, daß der Verkäufer dies Recht durch den erfolgten Untergang des Objectes verloren habe. Der Kläger müßte allerdings auch hier beweiſen, aber nicht etwa, weil die Thatſache zum proceſſualiſchen Klaggrunde gehört, ſondern weil er eine Aufhebung, Vernichtung und Beſeitigung des ſeiner Klage in dem Exceptionsrechte des Beklagten entgegenſtehenden Hinderniſſes behauptet.

Im practiſchen Erfolg ſtimmt die hier vertretene Anſicht mit der Gerber'ſchen überein, zumal da der Kläger, der ſeinen Anſpruch auf Intereſſe wegen Nichterfüllung richtet, in den meiſten Fällen ſchon im Klagvortrage ſolche Thatſachen vorbringen und eventuell beweiſen wird, die ein etwaiges Exceptionsrecht des Beklagten, womit dieſer die an ſich begründete Klage vorläufig noch zurückſchlagen könnte, als nicht mehr vorhanden erſcheinen laſſen.

Aber wegen dieſer Gleichheit des Erfolgs darf nicht die juriſtiſche Auffaſſung des Sachverhaltes umgekehrt werden, es darf nicht die Thatſache, die als Aufhebungsgrund des beklagtiſchen Excrptionsrechts erſcheint, als rechtserzeugende, zum proceſſualiſchen Klaggrunde gehörende Thatſache aufgefaßt werden, obwohl ſie

durch Beseitigung des Hindernisses des Klagrechts, wie es in der Exception liegt, jenes, das Klagrecht selbst wieder zu Kräften bringt. Dies ist aber nicht die begriffliche Function jener Thatsache, die vielmehr immer nur in der Beseitigung des Exceptionsrechtes besteht [11]).

Nachdem nunmehr das Wesen der Obligationen, insofern sie auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand gerichtet sind, erörtert und gezeigt ist, wie die gewöhnlichen Grundsätze über Beweislast hierauf Anwendung finden, wende ich mich zur Darstellung einiger besondern Fälle von Ersatzforderungen, in denen nicht selten über die Beweislast gestritten wird, die aber ganz nach den entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen sind. Es sind folgende Fälle:

Die Klagen auf Rechnungsablegung gegen Verwalter eines fremden Vermögens, actio mandati und actio tutelae.

Die actio tutelae subsidiaria.

Insbesondere Interesseforderungen wegen doloser und bezw. culposer Verletzung bestehender Obligationen.

Die Interesseforderung wegen mora des Schuldners.

Diese Fälle sind von Gerber S. 56—80 ausführlicher, unter Berücksichtigung und bezw. Widerlegung abweichender Ansichten erörtert. Indem ich auf diese weiteren Ausführungen verweise, will ich mich darauf beschränken, eine kurze Darlegung jener Fälle mit Beziehung auf die Frage der Beweislast zu geben.

b. Klagen auf Rechnungsablegung gegen Vormünder und Procuratoren.

Hat Jemand durch Antritt einer Vormundschaft als Vormund oder als Procurator durch Mandat die Verwaltung eines fremden

[11]) Ein gleiches Verhältniß, wie das im Text besprochene, tritt z. B. auch dann ein, wenn dem auf Zahlung des Kaufpreises klagenden Verkäufer der beklagte Käufer in Gestalt der exceptio non impleti contractus sein Recht auf Tradition der Sache opponirt. Der Verkäufer muß die geschehene Tradition behaupten und beweisen, aber nicht, weil diese Thatsache etwa zum processualischen Klaggrunde gehört (dieser besteht vielmehr nur aus der Thatsache des abgeschlossenen Kaufcontracts), sondern um das entstandene Exceptionsrecht des Beklagten, das Hinderniß der Durchführbarkeit des Klagrechts als wieder aufgehoben und beseitigt darzustellen (vgl. hierzu das oben S. 38 fg. Gesagte).

Vermögens übernommen, so ist er zu einer ordnungsmäßigen dem Wesen der Vormundschaft oder des Mandats entsprechenden Verwaltung so lange, als die Vormundschaft oder dies Mandat besteht, und nach Beendigung desselben zur Restitution des verwalteten Vermögens verpflichtet. Der mit der tutelae bezw. mandati actio geltend zu machende Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung und bezw. Restitution und stellvertretendes Interesse ist sofort mit der Uebernahme der Vormundschaft bezw. des Mandats entstanden. Wollte nun der Berechtigte aber mit dieser sofort entstandenen Klage noch vor Ablauf des bestehenden Verwaltungsverhältnisses auf Erfüllung der obligatorischen Pflichten klagen, so würde der Beklagte die allerdings begründete Klage durch den Hinweis darauf zurückschlagen können, daß das annoch bestehende Verwaltungsverhältniß ihm noch Raum und Zeit zur Erfüllung und Nachholung seiner obligatorischen Pflichten gewähre [12]).

Mit der Beendigung des Verwaltungsverhältnisses fällt selbstverständlich aber dieser mögliche Einwand des Verpflichteten hinweg, und die Klage wird jetzt ungehindert, zwar nicht mehr auf Erfüllung der Verwaltungspflichten, da zu deren Erfüllung die Zeit vorüber ist, und sie selbst ihrer Natur nach nicht mehr nachgeholt werden können, sondern auf Restitution und Interesse wegen Nichterfüllung durchgeführt werden können. Dem Schuldner liegt nun die Behauptung und der Nachweis ob, daß er durch Effectuirung der principalen Leistung das Klagrecht aufgehoben, daß er also während der ganzen Dauer des Verwaltungsverhältnisses das Vermögen des Berechtigten so verwaltet habe, wie es die obligatorische Natur der Vormundschaft oder des Mandats erheischt. Dieser Nachweis, den der Beklagte zu führen hat, ist weiter nichts, als eine Rechnungsablegung über den Bestand des verwalteten Vermögens und die Veränderungen, die mit demselben während der Dauer der Verwaltung durch diese vorgegangen sind. Dieser vom Beklagten zu führende Nachweis wird

---

[12]) Dem practischen Erfolg nach hat daher der Mündel vor Beendigung der Vormundschaft keine Klage, und in diesem Sinne muß denn auch verstanden werden, was Paulus in L. 4. pr. D. tut. et rat. distr. 27. 3. sagt: »Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest.« Vgl. auch L. 1. §. 24. eodem.

auch in den Quellen ſelbſt als eine Rechnungsablegung, „rationem reddere“ bezeichnet, ja es wird ſogar die Verpflichtung des Schuldners zu dieſer Rechnungsablegung beſonders anerkannt, und der Kern der in Frage ſtehenden Obligationen grade in dem dem Schuldner obliegenden rationem reddere gefunden, wie aus folgenden Stellen hervorgeht:

L. 46. §. 1. D. de procurat. 3. 3. Gajus:

„Procurator, ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit, sive principaliter ipsius rei nomine, sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati judicio restituere, usque adeo, ut, etsi per errorem aut injuriam judicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.“

L. 1. §. 3. D. de tutel. 27. 3. Ulpianus:

„Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere; ceterum si non fecit aut si factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelae tenebitur“.

L. 1. pr. D. tutel. et rat. distr. 27. 3. Ulpianus: „De omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item de his, quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam.“

L. 9. Cod. arbitr. tutel. 5. 51. Impp. Dioclet. et Maxim.:

„Tutorem quondam ut tam rationem, quam si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud praetorem convenire potes.“

Unter „rationes reddere“ verſtehen aber die Quellen[15]) nicht blos das Vorlegen der einzelnen Rechnungen, Documente und Belege über das Vermögen und die einzelnen Verwaltungsacte, die auf den Beſtand des Vermögens Einfluß geübt haben, ſondern auch die Herausgabe des nach ordnungsmäßiger Verwaltung verbliebenen Beſtandes einerſeits, und den Erſatz der durch pflichtwidrige Verwaltung verurſachten Vermögensverminderung andererſeits.

---

[15]) Vgl. L. 32. 50. 111. D. de condit. et demonstr. 35. 1.

Aus dieſem Grunde hat dann auch nicht der Kläger, was er ſonſt muß, nöthig, ſeinerſeits den Umfang der dem Beklagten obliegenden Erſatzverbindlichkeit feſtzuſtellen, vielmehr geſchieht dies nach dem ſoeben über den Begriff des „rationes reddere“ Bemerkten durch den Beklagten. Die hierin liegende Begünſtigung erklärt ſich leicht, wenn man bedenkt, daß wenn der Kläger den Umfang der Erſatzpflicht beweiſen ſollte, er dann nothwendig auch etwaige Verletzungen der Verwaltungspflichten ſeitens des Beklagten beweiſen müßte. Ohne ſolche Verletzungen zu beweiſen, würde er gar nicht im Stande ſein, den Beweis des Umfanges der Erſatzverbindlichkeit zu führen. Wenn nun aber der Beklagte ganz den Grundſätzen über Beweislaſt entſprechend beweiſen muß, daß er als Mandatar oder Vormund ſeinen Verwaltungsobliegenheiten gehörig nachgekommen iſt, ſo wird mit Führung dieſes Beweiſes auch klar hervortreten, ob und wieweit der Beklagte annoch auf Erſatz haftet. Es iſt ſomit der Umſtand, daß der Kläger den Umfang der Erſatzpflicht nicht zu beweiſen braucht, nicht ſo ſehr eine ſinguläre Begünſtigung deſſelben, als vielmehr eine bloße Conſequenz des den Beklagten nach den gewöhnlichen Grundſätzen über Beweislaſt treffenden Beweiſes.

c. Actio tutelae subsidiaria.

Ueber die Beweislaſt bei dieſer zur Geltendmachung von Anſprüchen des Mündels gegen die Obervormundſchaft gegebenen Klage ſprechen folgende beiden Stellen:

L. 11. D. de probat. 22. 3. Celsus:

„Non est necesse pupillo probare, fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse; nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit, providere, ut pupillo caveretur.“

L. 1. §. 13. D. de magistr. conven. 27. 8. Ulpianus:

„Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat, fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed magistratibus, ut doceant, eos solvendo fuisse.“

Die hierin gegebene Entſcheidung entſpricht den gewöhnlichen Grundſätzen über Beweislaſt, wie eine kurze Darlegung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältniſſes ergeben wird.

Der Mündel hat den Anſpruch gegen die Obervormundſchaft,

daß sie sein Interesse vertrete, er hat insbesondere, und das ist der hier in Frage kommende Fall, den obligatorischen Anspruch gegen dieselbe, daß sie ihn gegen etwaige Nachtheile, die für ihn aus der Vermögensverwaltung des Vormundes hervorgehen können, durch Bestellung tüchtiger, solventer Bürgen sicherstelle. Dies ist die obligatorische Leistung, wozu die obervormundschaftliche Behörde vom Augenblicke des entstandenen Vormundschaftsfalles an verpflichtet ist. Hat sie dieser Pflicht nicht genügt, so haftet sie selbstverständlich auf Ersatz des dem Pupillen daraus erwachsenen Schadens, d. h. auf das Interesse. Da dieser Anspruch nach den oben entwickelten Grundsätzen über Interesseforderungen nicht selbständiger Natur ist, bedingt durch Nichterfüllung jener auf Bestellung tüchtiger Bürgen gerichteten Obligation, da vielmehr jener Anspruch weiter nichts ist, als diese Obligation selbst, nur in der Richtung auf das Interesse, so daß also die Bestellung tüchtiger Bürgen als die in solutione, das Interesse aber als die in obligatione befindliche Leistung erscheint, so versteht es sich von selbst, daß nicht der klagende Mündel als rechtserzeugende Thatsache zu beweisen hat, daß keine tüchtigen Bürgen bestellt sind, sondern daß die beklagte Behörde die (den Anspruch des Klägers ipso jure vernichtende) Thatsache zu beweisen hat, daß sie für Bestellung tüchtiger Bürgen gesorgt hat.

Da die actio tutelae subsidiaria nur dann practische Bedeutung hat, wenn der Mündel den ihm aus der Vormundschaftsführung erwachsenen Schaden vom Vormund und den etwa bestellten Bürgen nicht erlangt hat, so entsteht die Frage, ob die Nichterfüllung der Ersatzverbindlichkeit des Vormundes und des Bürgen als eine die act. tut. subs. erzeugende Thatsache zu betrachten und mithin vom klagenden Mündel zu beweisen ist. Diese Frage ist entschieden zu verneinen, und zwar aus dem Grunde, weil, wie schon vorhin bemerkt ist, die obligatorische Verpflichtung des Obervormundes zur Bestellung tüchtiger Bürgen schon vom Augenblick der entstandenen Vormundschaft anhebt. Selbstverständlich kann nun aber von einer Haftung des Obervormundes nicht mehr die Rede sein, wenn der Mündel den ihm aus der Vormundschaftsführung erwachsenen Schaden bereits vom Vormunde oder den Bürgen ersetzt erlangt hat. Die Thatsache des durch den Vormund oder Bürgen geschehenen Ersatzes ist daher eine das

Recht des Mündels gegen den Obervormund vernichtende, und muß mithin auch von dem letztern bewiesen werden.

Kann nun als feststehend angesehen werden, daß mit dem Augenblick des eingetretenen Vormundschaftsfalls die actio tutelae subsidiaria zur Entstehung gelangt, so muß doch auch wieder zugegeben werden, daß sie bis zum Eintritt gewisser Umstände mit Erfolg nicht angestellt werden kann, d. h. wenn sie vor Eintritt dieser Umstände angestellt wird, so kann sie der beklagte Obervormund mittelst Vorschützung eines Exceptionsrechtes zurückschlagen. Zwei Fälle sind hier denkbar, je nachdem die Klage entweder

1. vor Beendigung der Vormundschaft, oder
2. nach Beendigung derselben angestellt wird.

Würde sie vor Beendigung der Vormundschaft angestellt, so würde ein hierauf gestützter Einwand des Beklagten dieselbe erfolglos machen. Denn wenngleich auch die Klage von Anfang an schon begründet ist, so giebt doch auf der andern Seite die längere Dauer der Vormundschaft dem Obervormund noch immer Zeit und Gelegenheit, seinen Obliegenheiten nachzukommen. Dann wäre aber auch bei der Subsidiarität der Klage nicht abzusehen, wie schon jetzt der Umfang der Ersatzpflicht des Obervormundes soll festgesetzt werden können, da die Frage, ob überhaupt etwas an den Mündel zu ersetzen ist, mit Gewißheit und Sicherheit erst nach Beendigung der Vormundschaft beantwortet werden kann.

Wenn nun die Klage auch erst nach beendeter Vormundschaft angestellt wird, so kann dieselbe auch hier wieder auf Seite des Beklagten auf Hindernisse stoßen, welche die Durchführung der Klage wenigstens zeitweilig zu vereiteln geeignet sind. Es stehen nämlich in dem vormundschaftlichen Verhältniß dem berechtigten Mündel in eventueller Folge drei verschiedene verpflichtete Subjecte: Vormund, Bürge, Obervormund gegenüber. Das unter diesen Personen bestehende eventuelle Verhältniß besteht nun freilich nicht darin, daß eine obligatorische Verpflichtung des nächstfolgenden erst dann zur Entstehung käme, wenn der Mündel gegen den zunächst vorhergehenden zum Ersatz nicht gelangen kann, vielmehr sind jene drei Personen vom Augenblick der entstandenen Vormundschaft an dem Mündel verhaftet. Aber der nächstfolgende hat jedesmal das Recht, vom Mündel eine

Ausklagung des zunächst vorhergehenden Schuldners zu verlangen, und wenn daher der Mündel gegen den nächstfolgenden aus der Vormundschaft verpflichteten klagt, ohne sich schon an den Vormann gehalten zu haben, so kann der Kläger mittelst einer wirksamen exceptio dilatoria zurückgeschlagen werden, wenn er nicht seinerseits einen dies Exceptionsrecht des Beklagten aufhebenden Umstand behauptet und beweiset, z. B. daß er bereits gegen den Vormann geklagt habe, oder daß derselbe sich in einer solchen Vermögenslage befinde, daß ein Ersatz von ihm nicht erwartet werden könne.

Dies Recht, die Vorausklagung seines Vormanns zu verlangen, hat nun auch der mit der actio tutel. subs. belangte Obervormund [14]), er kann verlangen, daß der Mündel sich zunächst an den Vormund und an den Bürgen halte.

Daß dies geschehen, oder daß die Ausklagung wegen eingetretener Insolvenz des Vormundes und bezw. Bürgen fruchtlos sein würde, hat, wenn der beklagte Obervormund jenes Recht vorschützt, der klagende Mündel zu beweisen, aber nicht, wie hieraus schon hervorgeht, weil diese Thatsache seinen Anspruch gegen den Obervormund erst etwa erzeugte, zur Entstehung brächte, sondern weil sie eine das Exceptionsrecht des Beklagten vernichtende Thatsache ist.

d. Klagen auf das Interesse wegen doloser und bezw. culposer Verletzung einer bestehenden Obligation.

Auch hierbei sind die gewöhnlichen Grundsätze über Beweislast maßgebend. Um dies zu zeigen, wird es nothwendig sein, einige Bemerkungen über die dolose und culpose Verletzung bestehender Obligationen hier folgen zu lassen.

Wenn die Obligation den Schuldner zur Vornahme einer Leistung — dare, facere — an den Gläubiger verpflichtet, so ist nicht diese nackte Leistung an sich das Object der obligatorischen Verpflichtung, sondern der Schuldner ist zugleich auch zur Aufwendung einer gewissen, je nach der Verschiedenheit der einzelnen obligatorischen Verhältnisse verschiedenen Sorgfalt verpflichtet. Als Object der obligatorischen Verpflichtung erscheint daher

[14]) Vgl. L. 1. 3. 5. Cod. de magistr. conven. 5. 75.

jene Leiſtung unter Beobachtung derjenigen Sorgfalt, welche das in Frage ſtehende obligatoriſche Verhältniß von dem Schuldner fordert. Beides ſteht in unzertrennlicher Verbindung mit einander. Die Leiſtung erſcheint erſt dann als eine obligationsmäßige, wenn bei ihrer Vornahme der vom Schuldner durch die Obligation geforderten Sorgfalt Rechnung getragen iſt. Eine Conſequenz hiervon iſt es, daß der Schuldner, welcher geleiſtet zu haben behauptet, den Nachweis zu führen hat, daß er ſo geleiſtet hat, wie es dieſe Obligation von ihm fordert, daß er alſo ſeinen obligatoriſchen Verpflichtungen in jeder Weiſe nachgekommen iſt. Der Beweis, wie er nach den Ausführungen auf den vorigen Blättern vom Procurator und Vormunde gefordert wird, iſt kein anderer als dieſer, da von beiden nachgewieſen werden muß, daß ſie auf die Verwaltung des Vermögens des Mandanten und des Mündels diejenige Sorgfalt verwandt haben, welche die Mandats- und bezw. Vormundſchaftsobligation von ihnen erfordert.

Die dem Schuldner zuzurechnende, von ihm verſchuldete Außerachtlaſſung nun derjenigen Sorgfalt, welche in einer beſtehenden Obligation vom Schuldner gefordert wird, erſcheint als eine Verletzung des Rechts des Gläubigers auf Beobachtung jener Sorgfalt, und man bezeichnet dieſe Rechtsverletzung ſelbſt je nach der Verſchiedenheit der Grade, in denen ſie vorkommen kann, entweder als dolus, oder als lata, oder als levis culpa, begreift aber unter dolus auch die lata culpa, da dieſelbe, wenngleich begrifflich vom dolus verſchieden, dieſem doch im practiſchen Erfolg gleich geſtellt iſt — lata culpa plane dolo comparabitur — [15]), und nennt dann die levis culpa eine culpa ſchlechtweg.

Wenn man nun ſagt, der Schuldner ſei in einer Obligation zur Präſtation von dolus, oder von dolus und culpa verpflichtet, ſo ſoll damit nur geſagt ſein, daß derſelbe zur Aufwendung derjenigen Sorgfalt verpflichtet ſei, deren Außerachtlaſſung unter den Geſichtspunct eines dolus oder einer culpa fällt, und daß er den durch Nichtbeachtung dieſer Sorgfalt dem Gläubiger verurſachten Schaden, das id quod interest creditoris, dieſem erſetzen muß.

Ich will nun zunächſt die Grenzen genauer feſtſtellen, innerhalb welcher in Obligationen dolus oder culpa des Schuldners

---

[15]) Vgl. L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6.

in Betracht kommt. Ich folge in dieſer Beziehung den Geſichtspuncten, die von Mommſen in ſeinen Beiträgen III. §. 2. und II. S. 65 ffg. aufgeſtellt ſind.

Wenn das Weſen der Obligation darin beſteht, daß ſie den Schuldner zur Vornahme der obligatoriſchen Leiſtung verpflichtet, ſo liegt in der Nichtvornahme der Leiſtung, in der Nichterfüllung, wohin auch der Fall der nicht gehörigen Erfüllung zu rechnen iſt [16]), überall dann eine Verletzung des Rechts des Gläubigers auf Erfüllung, wenn nicht anderweit der Schuldner ſchon befreiet iſt. Dieſe Rechtsverletzung iſt eine ſolche zunächſt blos in objectiver Beziehung, und ſie kann es auch in ſubjectiver Beziehung ſein, wenn nämlich die Nichterfüllung dem Schuldner zur Schuld zugerechnet werden kann. Daß dies letztere der Fall ſei, daß der Schuldner in Beziehung auf die Nichterfüllung in dolo oder culpa ſich befinde, iſt aber nicht überall nothwendig, damit eine beſtehende Obligation in eine Intereſſeobligation ſich verwandele. In gewiſſen Fällen genügt dazu ſchon die bloße Thatſache der Nichterfüllung, ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Schuldner hierbei im Zuſtande der Verſchuldung ſich befindet. Selbſtverſtändlich iſt es denn hier auch ganz gleichgültig, wenn etwa der Schuldner in dolo oder culpa ſich befinden ſollte. In andern Fällen dagegen reicht die Nichterfüllung allein zur Verwandlung der Obligation in eine Intereſſeobligation nicht aus, vielmehr wird dazu noch erfordert, daß die Nichterfüllung dem Schuldner zur Schuld angerechnet werden kann, daß er in Beziehung auf dieſelbe in dolo oder culpa ſich befinde. In dieſen Fällen kann der Schuldner für die nicht verſchuldete Nichterfüllung verantwortlich nicht gemacht werden, d. h. er iſt nicht verpflichtet zur Intereſſeleiſtung.

Um nun zu zeigen, wann die in der Nichterfüllung einer Obligation liegende Rechtsverletzung eine vom Schuldner doloſer oder culpoſer Weiſe verſchuldete ſein muß, damit er auf das Intereſſe verurtheilt werden könne, wird es nothwendig ſein, die verſchiedenen Fälle der Nichterfüllung etwas näher zu betrachten.

---

16) L. 3. §. 1. D. commod.: »Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facta redditur), nisi quod interest praestetur. Propria enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.«

Die Gründe der Nichterfüllung einer Obligation können folgende sein:

1. Wille des Schuldners, d. h. der Schuldner, der in der Lage zu erfüllen sich befindet, will nicht erfüllen.

2. Unmöglichkeit der Leistung, d. h. der Schuldner kann nicht erfüllen. Diese Unmöglichkeit kann wieder eine zweifache sein, nämlich

a. eine vom Recht nicht als eine wahre anerkannte,

b. eine vom Recht als eine wahre anerkannte.

Die Nichterfüllung beruht überall dann auf dem Willen des Schuldners, wenn er die Möglichkeit der Erfüllung hat, ohne anderweit von der Erfüllung befreit zu sein. Der Schuldner soll durch die Erfüllung der Obligation, durch Vornahme der in solutione befindlichen Leistung dem Gläubiger einen gewissen Vermögenswerth verschaffen, als dessen Repräsentant eben die Leistung selbst erscheint. Wenn er nun die Leistung vorzunehmen im Stande ist, aber dennoch nicht leistet, so hat er den durch die Leistung repräsentirten Werth annoch in seinem Vermögen, und zwar ohne einen rechtlichen Grund, da derselbe durch Vornahme der Leistung in das Vermögen des Gläubigers gebracht sein sollte. Der Schuldner muß leisten, weil er diesen Werth noch in seinem Vermögen hat; es tritt gegen ihn, wie Mommsen sagt, ein rechtlicher Zwang auf die Leistung wegen widerrechtlichen Habens ein. Da nun der Schuldner das, was er auf Kosten des Klägers rechtlich grundlos in seinem Vermögen hat, leisten kann, so muß, wenn er dennoch nicht leistet, die Nichtleistung als eine von ihm gewollte angesehen werden, selbst dann, wenn er etwa Zweifel über die Verbindlichkeit zur Leistung haben oder sich im Irrthum darüber befinden sollte.

Daraus nun, daß der Schuldner haftet, weil er den durch die Leistung repräsentirten Vermögenswerth, der dem Gläubiger gebührt, widerrechtlich in seinem Vermögen hat, folgt zugleich, daß es zu der in der Nichterfüllung liegenden Verletzung des Rechts des Gläubigers auf Erfüllung des Umstandes nicht bedarf, daß die Nichterfüllung dem Schuldner zur Schuld zugerechnet werden kann, und daß mithin in diesen Fällen die Frage, ob der Schuldner sich in dolo oder culpa befinde, also im Zustande einer die Zurechnung nothwendig voraussetzenden Rechtsverletzung, gänzlich

überflüſſig erſcheint. Der Schuldner, welcher leiſten kann, aber dennoch nicht leiſtet, wird, wenn er nicht etwa einen andern Befreiungsgrund nachweiſt, zur Leiſtung, und falls dieſe nicht erzwingbar iſt, auf Zahlung desjenigen Geldwerthes verurtheilt, den die Leiſtung für den Gläubiger repräſentirt.

Hat nun die Nichterfüllung ihren Grund in einer etwa vorhandenen Unmöglichkeit der Leiſtung, ſo muß, wie ſchon bemerkt iſt, zunächſt wieder unterſchieden worden, ob dieſe Unmöglichkeit im Recht als eine wahre anerkannt iſt oder nicht.

Iſt das letztere der Fall, iſt die Unmöglichkeit als eine wahre nicht anerkannt, ſo iſt der Schuldner, wenn auch nicht factiſch, ſo doch jedenfalls juriſtiſch in der Lage, leiſten zu können; daher kann dieſer Fall der Nichterfüllung auch nicht verſchieden beurtheilt werden von dem eben beſprochenen. Da der Schuldner (juriſtiſch) leiſten kann, und dennoch nicht leiſtet, ſo hat er ebenfalls den durch die Leiſtung für den Gläubiger repräſentirten Werth ohne rechtlichen Grund in ſeinem Vermögen; es tritt gegen ihn ein Zwang wegen rechtlich grundloſen Habens ein, und er wird, wenn die vorzunehmende Leiſtung wegen der Unmöglichkeit nicht erzwingbar iſt, auf den Geldwerth, den dieſelbe für den Gläubiger repräſentirt, verurtheilt, ohne daß darauf etwas ankommen kann, ob er ſich in dolo bezw. culpa befindet oder nicht.

Eine andere Beurtheilung tritt aber dann ein, wenn die den Grund der Nichterfüllung bildende Unmöglichkeit im Recht als eine wahre anerkannt iſt. Hier iſt eine Erfüllung der Obligation durch Vornahme der Leiſtung in solutione auch rechtlich nicht möglich. Eine derartige Unmöglichkeit kann nun aber in zweifacher Weiſe eintreten, nämlich entweder:

1. ohne Verſchulden des Schuldners, d. h. trotzdem daß er alle und jede ihm obligationsmäßig obliegende Sorgfalt aufgewandt oder beobachtet hat; z. B. während der zur Tradition eines Pferdes verpflichtete Verkäufer demſelben alle Sorgfalt angedeihen läßt, die von ihm als Verkäufer verlangt wird, crepirt daſſelbe in Folge genoſſener giftiger Subſtanzen, die demſelben heimlicher Weiſe von einem Dritten gereicht ſind. Die Unmöglichkeit gilt aber auch dann als ohne Verſchulden des Schuldners eingetreten, wenn er dieſelbe zwar dnrch eigenes Zuwiderhandeln gegen die ihm obliegende Sorgfalt herbeigeführt hat, aber die

dies Zuwiderhandeln begleitenden Umstände der Art sind, daß ihm dasselbe zur Schuld nicht zugerechnet werden kann. Es kann nun aber auch

2. der Eintritt jener Unmöglichkeit grade dadurch bewirkt sein, daß der Schuldner in einer ihm zuzurechnenden Weise es an der Aufwendung der obligationsmäßigen Sorgfalt hat mangeln lassen. Wenn z. B. in dem vorhin erwähnten Falle der Verkäufer dem verkauften Thiere vom Augenblick des abgeschlossenen Contracts die nothwendige Pflege entzieht, und dieses in Folge dessen erkrankt und crepirt, oder wenn er durch eigene Handlung absichtlich den Tod des Thieres herbeiführt, so ist es grade die Außerachtlassung der ihm obliegenden Sorgfalt, welche die eingetretene wahre Unmöglichkeit herbeigeführt hat.

In beiden Fällen liegt eine Nichterfüllung der Obligation wegen wahrer Unmöglichkeit der Leistung vor; aber während für diese vom Recht anerkannte Unmöglichkeit im ersten Falle der Schuldner nicht verantwortlich gemacht werden kann, weil sie eingetreten ist, obwohl er es an Aufwendung der ihm obligationsmäßig obliegenden Sorgfalt nicht hat mangeln lassen, oder weil das obligationswidrige Handeln des Schuldners, wodurch die Unmöglichkeit herbeigeführt wurde, ihm nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, trifft ihn im zweiten Falle die Verantwortlichkeit, weil er grade durch directes ihm zuzurechnendes Zuwiderhandeln gegen seine obligatorischen Pflichten den Eintritt der Unmöglichkeit herbeigeführt hat. Während er in Beziehung auf diese Unmöglichkeit sich dort im Zustande der Schuldlosigkeit befindet, ist er hier im Zustande der Schuld, weil er das Recht des Gläubigers auf Erfüllung, auf Vornahme der Leistung durch eigenes Verschulden verletzt hat. Während der Schuldner daher im ersten Falle dem Gläubiger gegenüber von jeder Haftung für die Nichterfüllung freizusprechen ist, erfordert dagegen im zweiten Falle das Recht, daß er dem Gläubiger Ersatz leiste für die durch ihn in rechtswidriger Weise herbeigeführte Nichterfüllung.

Von Mommsen ist der hier gegen den Schuldner eintretende rechtliche Zwang ganz passend ein Entschädigungszwang genannt, weil er dem Gläubiger den Schaden ersetzen muß, den er ihm durch die rechtswidrige Herbeiführung der Unmöglichkeit der Leistung, durch die von ihm verschuldete Nichterfüllung verursacht

hat. Ein Zwang wegen rechtswidrigen Habens kann hier um deswillen nicht Platz greifen, weil von einem rechtswidrigen Haben des Schuldners auf Kosten des Berechtigten nicht die Rede sein kann. Denn was der Schuldner leisten konnte, das kann jetzt nach Eintritt der vom Recht anerkannten Unmöglichkeit auch rechtlich nicht mehr geleistet werden. Man kann daher auch nicht sagen, daß er den durch die Leistung repräsentirten Werth noch in seinem Vermögen habe, und er kann daher vernünftigerweise auch nicht gezwungen werden, etwas aus seinem Vermögen herauszugeben, was darin sich nicht mehr befindet. Da aber dem Gläubiger durch Vornahme der Leistung der durch diese repräsentirte Vermögenswerth verschafft werden soll, und dies jetzt nach Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr geschehen kann, so muß er den Gläubiger durch Leistung des id quod interest dafür entschädigen.

Aus dem, was bislang über die Gründe der Nichterfüllung einer Obligation gesagt ist, ergiebt sich, daß dolus oder culpa des Schuldners nur da in Betracht kommen kann, wo die Nichterfüllung ihren Grund hat in dem Eintritt einer vom Recht anerkannten Unmöglichkeit der Leistung, indem hier die Frage entsteht, ob dieselbe durch Verschuldung des Schuldners herbeigeführt oder ob sie ohne sein Verschulden entstanden ist.

Die wahre Unmöglichkeit der Leistung ist hiernach entweder

1. eine vom Schuldner verschuldete, durch dolus oder culpa desselben herbeigeführte, oder
2. eine vom Schuldner nicht verschuldete, nicht durch dolus oder culpa desselben herbeigeführte.

Die Unmöglichkeit der letztern Art wird von Mommsen I. S. 231. ffg. passend eine casuelle Unmöglichkeit [17]) der Leistung genannt.

Diese casuelle Unmöglichkeit der Leistung ist nun in den Quellen [18]) als ein Befreiungsgrund des Schuldners anerkannt,

---

[17]) Wenn in den Quellen der Ausdruck casus gebraucht wird, so ist damit nicht immer eine sog. casuelle Unmöglichkeit der Leistung gemeint. Jener Ausdruck kommt in mehrfacher Bedeutung vor. Vgl. hierüber Mommsen, a. a. O. S. 241 ffg.

[18]) Vgl. z. B. L. 107. D. de solut. 46. 3., wo Pomponius

so daß derselbe fortan dem Gläubiger nicht mehr haftbar ist,[19]) und zwar wird durch dieselbe der Schuldner ipso jure befreit, die Obligation ipso jure aufgehoben, so daß der Gläubiger fortan ein Klagrecht nicht mehr hat.[20])

Da nun die vom Recht anerkannte Unmöglichkeit nur dann, wenn sie nicht durch Verschulden des Schuldners entstanden, also eine casuelle Unmöglichkeit ist, einen Aufhebungsgrund der Obligation bildet, so folgt daraus zugleich, daß die in anderer Weise entstandene rechtlich anerkannte Unmöglichkeit der Leistung die Fähigkeit nicht hat, eine bestehende Obligation aufzuheben. Es muß also die Obligation, worin die Leistung wegen eingetretener rechtlich anerkannter Unmöglichkeit derselben nicht geleistet werden kann, wenn diese Unmöglichkeit nicht zugleich eine casuelle ist, als noch fortbestehend angesehen werden. Da nun ferner die rechtlich anerkannte Unmöglichkeit nur entweder als eine casuelle oder als eine durch den Schuldner verschuldete vorkommen kann, so folgt daraus ferner mit Nothwendigkeit, daß der Eintritt einer verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung die Obligation nicht aufhebt, sondern dieselbe fortbestehen lassen muß. Kann nun aber die in solutione befindliche Leistung in Wirklichkeit nicht mehr vorgenommen werden, weil die Unmöglichkeit derselben vom Recht selbst anerkannt ist, und muß die Obligation dennoch als fortbestehend betrachtet werden, so kann sie nunmehr blos auf den durch die (unmöglich gewordene) Leistung für den Gläubiger repräsentirten Geldwerth, auf das Interesse, welches der Gläubiger

---

sagt: »Naturaliter (resolvitur verborum obligatio), cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.—«

19) Der Satz, daß die casuelle Unmöglichkeit den Schuldner liberire, besteht nicht ohne Ausnahme. So ist z. B. der auf Restitution der Sachen des aufgenommenen Reisenden haftende nauta, caupo und stabularius nur dann befreiet, wenn die Restitution durch eine von außen kommende vis major unmöglich geworden ist. Jede andere nicht unter diesen Gesichtspunct fallende casuelle Unmöglichkeit befreit ihn daher nicht. Vgl. über diesen und einige andere, namentlich bei Vermächtnissen vorkommende Ausnahmen Mommsen I. S. 252 ffg.

20) Vgl. hierüber und über wirkliche und vermeintliche Ausnahmen hiervon, also über Fälle, wo die casuelle Unmöglichkeit die Obligation nur ope exceptionis aufhebt, Mommsen I. S. 304 ffg.

an der Erfüllung hat, auf den Vermögenswerth in obligatione gerichtet ſein.

Hiernach kann es als richtig nicht betrachtet werden, wenn man etwa annehmen wollte, als werde durch die doloſe oder culpoſe Herbeiführung der vom Recht anerkannten Unmöglichkeit der Leiſtung die beſtehende Obligation aufgehoben und ein neuer ſelbſtändiger Anſpruch auf das Intereſſe hervorgebracht. Wäre dies richtig, ſo müßte der Kläger als eine dieſen Anſpruch auf Intereſſe erzeugende Thatſache die doloſe und bezw. culpoſe Verletzung der frühern Obligation beweiſen, er müßte darthun, daß der Schuldner in ihm zuzurechnender Weiſe die Erfüllung der frühern Obligation unmöglich gemacht habe.

Mit der obigen Anſicht von dem Fortbeſtande der Obligation, deren Erfüllung durch dolus oder culpa des Schuldners unmöglich gemacht iſt, ſtimmen aber auch die Quellen überein. Bemerkenswerth ſind in dieſer Hinſicht z. B. die ſchon früher, S. 166 ffg. beſprochenen L. 31. §. 11 D. de aedil. ed. 21. 1. und Paul. sent. rec. V. 7. §. 4.

In beiden Stellen wird der Fall beſprochen, daß der Schuldner die Leiſtung durch eigene rechtswidrige Handlung unmöglich gemacht hat. Beide Stellen ſprechen ſich aber dahin aus, daß die früher entſtandene Klage beſtehen bleibt.

In gleicher Weiſe ſpricht ſich und zwar ausführlicher die L. 91. D. de V. O. 45. 1. aus, und namentlich ſpricht dieſelbe von einem perpetuare und producere obligationem ſeitens des Schuldners, der durch eigenes obligationswidriges Handeln die Leiſtung unmöglich mache. Damit ſoll aber nur geſagt ſein, daß die beſtehende Obligation nicht aufgehoben und eine neue erzeugt werde, ſondern daß die beſtehende noch weiter beſteht und einer Tilgung (durch Zahlung des Intereſſe) entgegenſieht.

Die Anwendung der Grundſätze über Beweislaſt auf Fälle der vorliegenden Art kann jetzt keine Schwierigkeit mehr machen.

Da durch die doloſe oder culpoſe Herbeiführung der vom Recht anerkannten Unmöglichkeit der Leiſtung die beſtehende Obligation nicht aufgehoben wird und kein neuer auf Leiſtung des Intereſſe directgerichteter Anſpruch entſteht, da vielmehr die alte Obligation beſtehen bleibt, ſo kann den hieraus klagenden Gläubiger auch nur der Beweis der den obligatoriſchen Anſpruch

erzeugenden Thatsachen treffen.

Behauptet nun der Beklagte den spätern Eintritt einer vom Recht anerkannten Unmöglichkeit der Leistung, um den Anspruch des Klägers als aufgehoben darzustellen, so kann er mit diesem Einwande nur dann gehört werden, wenn er zugleich behauptet, daß der Eintritt derselben von ihm nicht verschuldet ist, wenn er also eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung behauptet, da nur diese, im Gegensatz zur verschuldeten Unmöglichkeit, welche die Obligation perpetuirt, als Tilgungsmittel der Obligation anerkannt ist. Diese casuelle Unmöglichkeit ist also von ihm zu erweisen. Da nun aber der Begriff der casuellen Unmöglichkeit darin besteht, daß es eine vom Recht anerkannte Unmöglichkeit ist, deren Eintritt nicht durch ein vom Schuldner zu prästirendes Verschulden, also nicht durch dolus oder culpa desselben herbeigeführt ist, so muß der Schuldner beweisen, daß ihm kein dolus bezw. keine culpa bezüglich des Eintritts der Unmöglichkeit zur Last falle, mit andern Worten, er muß beweisen, daß die Unmöglichkeit eingetreten ist, obwohl er seiner Obliegenheit zur Aufwendung der obligationsmäßigen Sorgfalt in jeder Beziehung nachgekommen ist, oder daß, wenn jene Unmöglichkeit durch eine etwaige Außerachtlassung der obligationsmäßigen Sorgfalt bezw durch directes Zuwiderhandeln gegen dieselbe eingetreten ist, ihm dies nicht zur Schuld zugerechnet werden kann.

Hiermit stimmen auch folgende Quellenausspräche überein:

L. 19. §. 1. D. de probat. 22. 3. Ulpianus:

„ Cum quis promisit judicio se sisti et rei publicae causa abfuisse se dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet.“

L. 5. Cod. de pign. act. 4. 24. Imp. Alexander.:

„Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur; sed si culpae reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest, condemnari debet.“

L. 9. §. 4. D. locati 19. 2. Ulpianus:

„Imperator Antoninus cum patre, quum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: Si capras latrones

citra tuam fraudem abegisse probari potest, judicio locati casum praestare non cogeris; atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas recuperabis.“

In dieſer letztern Stelle iſt freilich nicht ausdrücklich geſagt, wer zu beweiſen hat; dies geht aber aus der ganzen Wortfaſſung und aus der Angabe deſſen, was bewieſen werden ſoll, unzweifelhaft hervor.

Wenn nun die Beweislaſt, wie ſie hier vertheilt iſt, der Natur der in Frage ſtehenden Rechtsverhältniſſe gemäß vertheilt werden muß, ſo folgt daraus ſchon, daß nicht auf Grund der L. 18. §. 1. D. de probat. von Ulpian:

„Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.“

dem klagenden Gläubiger der Beweis des dolus oder der culpa des Schuldners aufgebürdet werden kann. Dieſe Stelle ſetzt ohne Zweifel voraus, daß der Kläger auf den dolus des Beklagten als die rechtserzeugende Thatſache ſeinen Anſpruch ſtützt, und da verſteht es ſich von ſelbſt, daß der dolus deſſelben vom Kläger bewieſen werden muß. In dieſer Beziehung iſt denn dieſe Stelle auch ſchon früher S. 147 ffg. benutzt, um zu zeigen, daß bei Klagen zur Geltendmachung delictiſcher Anſprüche die delictiſche Handlung als rechtserzeugende Thatſache vom Kläger bewieſen werden muß. Hat nun in obligatoriſchen Verhältniſſen dolus und culpa des Schuldners nicht die Natur einer rechtserzeugenden Thatſache, wie oben ausgeführt iſt, ſo kann den Kläger auch nicht der Beweis des dolus oder der culpa treffen.

In der bisherigen Darſtellung iſt immer nur des dolus, der lata und levis culpa gedacht. Es giebt nun noch obligatoriſche Verhältniſſe, in denen der Schuldner für ſog. culpa in concreto haftet, d. h. in welchen der Schuldner eine ſolche Sorgfalt anzuwenden hat, als er in eigenen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (diligentiam qualem suis rebus adhibere solet)[21]). Dahin gehörige Fälle ſind die Obligation des Vormundes aus der Vormundſchaft, die Societät, die communio incidens, die Obligation des Ehemanns rückſichtlich der dos und die Obliga-

[21]) Vgl. über das Weſen der culpa in concreto Mommſen III. S. 374 ffg.

tion deſſelben bezüglich der ſeiner Verwaltung übergebenen Paraphernen.

Wenn nun der den Schuldner treffende Beweis der Abweſenheit von dolus oder culpa weiter nichts iſt als der Nachweis, daß er die ihm obliegende obligationsmäßige Sorgfalt aufgewandt habe, oder daß ein Verſtoß dagegen ihm zur Schuld nicht zugerechnet werden könne, ſo kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß den Schuldner auch die Beweislaſt bezüglich der culpa in concreto treffe, daß er alſo beweiſen muß, er habe in der in Frage ſtehenden Angelegenheit die in ſeinen eigenen Angelegenheiten durchgängig beobachtete Sorgfalt angewandt[22]).

e. Intereſſeforderungen wegen mora des Schuldners.

In der Verpflichtung des Schuldners zur Vornahme der obligatoriſchen Leiſtung an den Gläubiger liegt zugleich auch die Verpflichtung zur rechtzeitigen Vornahme derſelben. Die Rechtzeitigkeit der Leiſtung iſt eine ſo weſentliche Qualität derſelben, daß die nicht rechtzeitige Leiſtung als eine volle den Schuldner liberirende Leiſtung nicht angeſehen werden kann. Darum muß aber auch der Schuldner, der zur rechten Zeit nicht leiſtet, wenn er nicht anderweit befreiet iſt, den Gläubiger wegen der nicht rechtzeitig erfolgten Leiſtung ſchadlos halten, er muß ihm dasjenige Intereſſe erſetzen, welches derſelbe an der rechtzeitigen Erfüllung der Obligation hatte — Zeitintereſſe, utilitas temporis —.

Daß dieſe Intereſſeverbindlichkeit nicht eine ſelbſtändige, nicht erſt durch die nicht rechtzeitige Erfüllung erzeugte iſt, daß ſie vielmehr nur die Verbindlichkeit des Schuldners zur rechtzeitigen Vornahme der Leiſtung überhaupt iſt, braucht hier nicht mehr beſonders nachgewieſen zu werden. Ich verweiſe in dieſer Beziehung auf das ſchon früher über Intereſſeforderungen Geſagte.

Eine Nichtrechtzeitigkeit der Leiſtung, welche den Schuldner zur Leiſtung des Zeitintereſſe verpflichtet, liegt aber nicht überall ſchon dann vor, wenn der Schuldner mit der Leiſtung in dem Augenblicke zurückhält, wo die Vornahme derſelben vom Gläubi-

---

22) Vgl. hierüber die weitern Bemerkungen bei Mommſen a. a. O. und Gerber S. 71. ffg.

ger rechtlich erwartet werden durfte, ſondern erſt dann, wenn die Verzögerung derſelben unter den Geſichtspunct einer mora debitoris fällt. Das Weſen dieſer mora beſteht aber darin, „daß ſie eine vom Schuldner ausgehende willkührliche und zugleich rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung einer ihm bekannten obligatoriſchen Verpflichtung iſt.“ [23]).

Damit nun aber die vom Schuldner ausgehende Verzögerung der Leiſtung dieſen Charakter habe, iſt ein Zweifaches nöthig, nämlich:

1. eine Interpellation des Schuldners durch den Gläubiger, und
2. „daß der Schuldner ungeachtet der Interpellation die Erfüllung der Obligation unterlaſſen hat, und zwar muß dieſe Unterlaſſung in dem durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners ihren Grund haben „[24]).

Ueber dieſe Requiſite werden zunächſt noch einige Bemerkungen anzufügen ſein.

Es gehört zum Weſen jeder Obligation, daß über die Zeit der Erfüllung derſelben die erforderliche Gewißheit vorhanden iſt. Wäre dies nicht der Fall, ſo würde wegen der dadurch bewirkten Unbeſtimmtheit der Leiſtung die Obligation nicht zur Entſtehung gekommen ſein. Es kann nun die Erfüllungszeit auf geſetzlicher Beſtimmung oder auf Uebereinkunft der Parteien beruhen, ſie kann aber auch ohne dies ſchon aus der Natur der vorzunehmenden Leiſtung ſich ergeben, und wenn dies nicht der Fall iſt, ſo wird der Schuldner ſofort mit der Entſtehung der Obligation zur Leiſtung verpflichtet ſein.

Es könnte nun ſcheinen, als ob das Recht des Gläubigers auf rechtzeitige Erfüllung ſchon verletzt ſei, wenn der Schuldner jenen Moment verſtreichen läßt, ohne ſeinerſeits zu erfüllen. Dies iſt aber nicht der Fall, vielmehr erfordert das Recht regelmäßig [25])

---

[23]) Vgl. Mommſen III. S. 24.

[24]) Vgl. Mommſen III. S. 56.

[25]) Die Regel, daß die mora debitoris eine Interpellation vorausſetzt (mora ex persona fit), erleidet nach Mommſen (III. S. 72 ffg.) für das römiſche Recht nur zwei Ausnahmen (mora ex re); ſie entſteht nämlich ohne Interpellation nur, 1. wenn der Schuldner ſich der Interpellation durch Abwe-

noch weiter, daß der Gläubiger in dem Momente, wo er di stung fordern kann, den Schuldner zur Erfüllung auffordert, er ihn interpellirt. Erst hierdurch wird genau der Momen die Rechtzeitigkeit der Leistung bestimmt, jetzt ist der Schul zur Vornahme der Leistung verpflichtet, und läßt er diesen ment verstreichen, so ist später wenigstens eine rechtzeitige Leist nicht mehr möglich. Es ist eine Unmöglichkeit der Rechtzeit keit der Leistung eingetreten, die auch vom Recht als eine wal Unmöglichkeit anerkannt ist. Der Schuldner kann fortan rech zeitig nicht mehr leisten.

Wie nun der Schuldner, wenn eine wahre Unmöglichkeit de Leistung überhaupt eingetreten ist, und er sich bezüglich Eintritts derselben im Zustande der Verschuldung befindet, mit einem Aequivalente für die unterbliebene Leistung eintreten muß, wie er also nicht als befreiet angesehen wird, wenn jene Unmöglichkeit nicht eine sog. casuelle ist, so muß der Schuldner auch für die unmöglich gewordene Rechtzeitigkeit der Leistung mit einem Geldäquivalente, dem Zeitinteresse, utilitas temporis eintreten, wenn das Unterbleiben der rechtzeitigen Leistung in dem durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners seinen Grund hat, wenn es ihm also zur Schuld zugerechnet werden kann, daß nicht rechtzeitig geleistet ist.

Der Schuldner befindet sich nun aber in diesem Zustande der Verschuldung:

1. wenn er wußte, daß er schuldig, und seine Zögerung rechtswidrig sei, oder wenn er sich in dieser Beziehung in einem nicht entschuldbaren Irrthum befand, und

2. wenn der Schuldner im Stande war, zu erfüllen, oder falls er nicht erfüllen konnte, wenn diese Unmöglichkeit eine solche war, welche rechtlich nicht berücksichtigt wird, sei es nun weil sie eine vom Recht nicht anerkannte ist, oder wenngleich eine vom Recht als wahre anerkannte, aber durch dolus oder culpa des Schuldners herbeigeführte ist [26]).

---

senheit entzieht, und 2. wenn der Schuldner zur Restitution einer Sache durch Delict verpflichtet ist, wenn das Delict sich auf jene Sache bezog. Den Satz: dies interpellat pro homine anerkennt Mommsen (S. 98 ffg.) für das römische Recht nicht, wohl aber für das heutige Recht.

[26]) Vgl. Mommsen III. S. 68 fg.

Umgekehrt kann nun aber auch von einer Haftung des Schuld-
für die unterbliebene Rechtzeitigkeit der Leiſtung, von einer
bindlichkeit zur Leiſtung des Zeitintereſſe nicht die Rede ſein,
n er ſich nicht in der angegebenen Weiſe im Zuſtande der
ſchuldung befindet.

Die Anwendung der Beweisregeln auf die vorliegende Frage
taltet ſich hiernach ganz einfach.

Der klagende Gläubiger hat außer den den obligatoriſchen
ſpruch überhaupt erzeugenden Thatſachen auch die erfolgte In-
rpellation zu beweiſen. Sie gehört auch mit zu den rechtserzeu-
en Thatſachen. Denn indem ſie den Zweck hat, den Moment
er Erfüllung für den Schuldner genau zu fixiren, beſtimmt ſie
zugleich den Umfang des perſönlichen Anſpruches nach dieſer Rich-
tung hin, d. h. mit Beziehung auf die Zeit der Erfüllung. Jetzt,
nachdem interpellirt iſt, ſoll der Schuldner leiſten, und geſchieht
dies nicht, ſo ſoll er dem Gläubiger dasjenige Intereſſe leiſten,
welches derſelbe an der jetzigen Erfüllung hat. Iſt nun das
Recht auf jetzige Erfüllung bezw. auf das Zeitintereſſe weſentlich
bedingt durch die voraufgegangene Interpellation, ſo muß dieſe
auch als rechtserzeugende Thatſache angeſehen und vom Kläger
bewieſen werden.

Der beklagte Schuldner kann nun zunächſt durch den Hinweis
darauf ſich vertheidigen, daß ihm zufolge geſetzlicher Beſtimmung
oder geſchehener Uebereinkunft oder wegen der beſondern Natur
der vorzunehmenden Leiſtung eine gewiſſe Erfüllungszeit zu Gebote
ſtehe, und daß die Interpellation vor Ablaaf derſelben erfolgt ſei.
Dies wäre eine Vertheidigung per exceptionem, weil die Erfül-
lungszeit nicht das Klagrecht des Gläubigers ſuspendirt, ſondern
den Schuldner nur berechtigt, mit der geſchuldeten Leiſtung bis
zum Ende der Erfüllungszeit zurückzuhalten. Der Gläubiger hat
ſchon ein Recht auf Erfüllung, aber ein Recht, deſſen wirkſamer
Durchführung bis zu jenem Momente ein Recht des Beklagten
im Wege ſteht. Wenn nun nicht vom Kläger wieder behauptet
und bewieſen wird, daß jenes Recht des Beklagten ſchon wieder
beſeitigt geweſen ſei in dem Momente der Interpellation, ſo kann
er mit der Klage wenigſtens in der Richtung auf das Zeitintereſſe
ſchon deshalb nicht durchdringen, weil er die Leiſtung in dem Mo-

ment der Interpellation wegen des entgegenstehenden Rechts des Beklagten noch gar nicht erwarten konnte.

L. 40. D. de reb. cred. 12. 1. Paulus:

„Non — in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.“

Ist nun die Interpellation rechtzeitig geschehen, oder ein Einwand dagegen vom Schuldner nicht erhoben worden, und kann ferner der Schuldner das Recht des Gläubigers nicht als auf andere Weise, z. B. durch Erfüllung, schon aufgehoben beweisen, so bleibt ihm jetzt nur noch die Alternative entweder für die unterbliebene Rechtzeitigkeit der Leistung das Zeitinteresse zu leisten, oder zu beweisen, daß ihm die Verzögerung der Rechtzeitigkeit der Leistung nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Um also den Anspruch auf rechtzeitige Leistung bezw. das Zeitinteresse als aufgehoben darzustellen, muß er behaupten und beweisen, daß die in Folge der Interpellation eingetretene vom Recht anerkannte Unmöglichkeit der rechtzeitigen Leistung von ihm nicht verschuldet ist, und diesen Beweis erbringt er durch den Nachweis der Abwesenheit derjenigen Umstände, welche, wie oben schon angegeben ist, den Zustand der Verschuldung des Schuldners bedingen.

Es verhält sich mit diesem dem Schuldner obliegenden Beweise grade so, wie mit dem Beweise, den er zu erbringen hat, wenn er auf Grund einer vom Recht anerkannten Unmöglichkeit der Leistung überhaupt befreit sein will. In beiden Fällen stützt sich der Schuldner auf eine vom Recht anerkannte Unmöglichkeit entweder der Leistung überhaupt, oder der Rechtzeitigkeit derselben, in beiden muß er auch seine Schuldlosigkeit beweisen. Daß der Schuldner dies muß bezüglich der unmöglich gewordenen Rechtzeitigkeit, ist freilich in den Quellen nirgends ausdrücklich[27]) ausgesprochen, folgt aber mit Nothwendigkeit daraus, daß die unverschuldete Unmöglichkeit der rechtzeitigen Leistung als ein Umstand betrachtet werden muß, der den Schuldner von der Verbindlichkeit befreiet, das Zeitinteresse zu prästiren.

---

[27]) In L. 32. §. 1. D. de usuris 22. 1. ist allerdings von einer probatio morae durch den Beweis der Interpellation die Rede; allein es ist nicht gesagt, wieweit dabei den Schuldner die Beweislast trifft.

4. Beweislast bei Obligationen auf Unterlassungen (non facere).

An die bisherige Darstellung der Beweislast bei Forderungen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand schließt sich passend die Erörterung der Frage, wie es sich bei Obligationen, auf Unterlassungen, non facere, mit der Beweislast verhalte. Denn wenn hier geklagt wird, weil die zu unterlassende Handlung dennoch vorgenommen ist, so wird auch hier die Klage auf das Interesse gerichtet sein, welches der Gläubiger daran hat, daß das Verhalten des Schuldners der Obligation entsprach. Das Interesse bildet also auch hier den nachfolgenden Gegenstand der Obligation.

Nach Unger, System des österr. Privatrechts §. 129. Note 29. soll, wenn aus einer solchen Obligation geklagt wird, „der klagende Gläubiger die Nichterfüllung derselben als das obligationswidrige positive Handeln beweisen, weil einerseits diese Thatsache seinen concreten Anspruch erst erzeuge, und andererseits die vom Schuldner behauptete Erfüllung, also die Behauptung der ununterbrochenen Unterlassung, keine die Obligation vernichtende Thatsache" sei.

Diese Ansicht kann aber gewiß nicht als gerechtfertigt angesehn werden.

Zunächst nämlich kann nicht zugegeben werden, daß der concrete Anspruch des Gläubigers erst erzeugt werde durch das obligationswidrige Handeln des Schuldners, wie Unger zur Begründung seiner Ansicht behauptet.

Ich habe schon früher zu zeigen gesucht, daß der Anspruch auf Interesse als nachfolgenden Gegenstand nicht erst durch die Nichterfüllung, d. h. durch Nichtvornahme der principalen Leistung zur Entstehung gebracht werde, sondern schon vom Augenblick der entstandenen Obligation an vorhanden sei, weil dieser Anspruch weiter nichts ist, als das Recht des Gläubigers auf Vornahme der ursprünglichen Leistung. Grade so verhält es sich aber auch bei den Obligationen auf Unterlassungen. Der Gläubiger hat das Recht, von dem Schuldner die Unterlassung einer bestimmten Handlung zu fordern. Diese Unterlassung muß für den Gläubiger einen Vermögenswerth haben, weil ohne dies eine Obligation

nicht bestehen kann. Insofern nun die Unterlassung einen Vermögenswerth, Interesse, für den Gläubiger repräsentirt, hat dieser, indem er die Unterlassung zu fordern berechtigt ist, schon den Anspruch auf den Vermögenswerth, den die Unterlassung für ihn repräsentirt, also den Anspruch auf Leistung des Interesse.

Die Unrichtigkeit der Ansicht Ungers tritt auch im Folgenden hervor; wie er nämlich bei Obligationen auf non facere den concreten Anspruch des Gläubigers erst durch Vornahme des zu unterlassenden facere entstehen läßt, so nimmt[28]) er auch ein Gleiches an bei Obligationen auf ein positives Handeln; auch hier läßt er den Anspruch auf Schadensersatz erst zur Entstehung kommen durch die als dolus oder culpa gestaltete Rechtsverletzung.

Es ist schon S. 179 flg. gezeigt worden, daß, wenn innerhalb einer bestehenden Obligation der Schuldner sich eines dolus oder einer culpa schuldig macht, dadurch nicht ein neuer Anspruch auf Schadensersatz entsteht, sondern daß die alte Obligation bestehen bleibt und der dolus bezw. die culpa nur bewirkt, daß der Schuldner nicht frei wird.

Wäre die Ansicht Unger's bezüglich dolus und culpa des Schuldners richtig, so wäre die Consequenz davon, daß der klagende Gläubiger den dolus bezw. die culpa des Schuldners beweisen müßte. Die Quellen sagen nun aber, wie oben schon ausgeführt ist, das grade Gegentheil, indem sie dem Schuldner den Beweis der Abwesenheit des dolus und der culpa zuerkennen, und auf diese Stellen beruft sich auch Unger in §. 129. Note 26, um zu sagen, wem die Beweislast in solchem Falle obliege.

Der dolus und die culpa des Schuldners in Obligationen auf ein positives Handeln ist nun ebensosehr ein obligationswidriges Handeln und Benehmen, wie es obligations- und rechtswidriges Handeln und Benehmen des Schuldners ist, wenn er in einer Obligation, die auf ein Unterlassen gerichtet ist, die obligationsmäßig zu unterlassende Handlung dennoch vornimmt. Wenn daher Unger in dem letztern Fall dem klagenden Gläubiger den Beweis aufbürden will, der beklagte Schuldner habe obligationswidrig gehandelt, so müßte er, um consequent zu sein, dem klagenden

---

[28]) Vgl. Unger §. 116. Note 10.

Gläubiger auch im ersten Falle den Beweis aufbürden, daß der beklagte Schuldner dolos und bezw. culpos gehandelt habe.

Wie nun letzteres nicht der Fall ist, wie vielmehr der klagende Gläubiger blos die den obligatorischen Anspruch erzeugenden Thatsachen, und Beklagter dagegen zu beweisen hat, daß er seinen obligatorischen Obliegenheiten nachgekommen, oder daß ein anderer Befreiungsgrund, z. B. eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung, eingetreten ist, so hat auch bei Obligationen auf non facere der klagende Gläubiger weiter nichts zu beweisen, als die seinen Anspruch auf non facere seitens des Schuldners erzeugenden Thatsachen, und der zum non facere verpflichtete Beklagte abgesehen von etwaigen rechtshindernden Thatsachen die Thatsache, daß er seiner Obliegenheit in der Weise, wie es die Obligation von ihm fordert, nachgekommen, oder daß eine andere ihn befreiende Thatsache eingetreten ist. Dies folgt mit Nothwendigkeit aus den obersten Grundsätzen, welche die Gesetze über Vertheilung der Beweislast aufstellen. Diese gelten überall, vorausgesetzt, daß nicht für einzelne Fälle oder eine Gattung von Fällen ein Anderes jure singulari festgesetzt ist. Ein jus singulare aber, welches eine Abweichung von den obersten Beweisregeln für Obligationen auf Unterlassungen statuirte, giebt es nicht, mithin kann auch keine andere Vertheilung der Beweislast Platz greifen, als aus jenen Beweisregeln folgt.

Es fragt sich nun ferner, ob die vom Schuldner ausgehende Behauptung, er habe ununterbrochen die in Frage stehende Handlung unterlassen, eine die Obligation, d. h. das Recht des Gläubigers auf Unterlassung vernichtende Thatsache ist, oder nicht. Unger a. a. O. will sie nicht als eine rechtsvernichtende Thatsache gelten lassen, allein, wie mir scheint, ohne allen Grund.

Es ist ebenfalls schon früher gezeigt worden, daß das obligationsmäßige Leisten des Schuldners, worauf das Recht des Gläubigers gerichtet ist, als eine dies Recht vernichtende Thatsache zu betrachten ist. Ist einmal dem Recht entsprechend geleistet, so kann ferner von einem Rechte auf die Leistung nicht mehr die Rede sein. Wenn nun der Schuldner, der zu einem non facere verpflichtet ist, die dem Recht des Gläubigers gemäß zu unterlassende Handlung ununterbrochen unterläßt, so hat er damit seiner Verbindlichkeit genügt, und es kann gewiß nicht mehr von einem

Rechte des Gläubigers auf non facere die Rede sein. Mithin muß dieses als aufgehoben, als nicht mehr da seiend angesehen werden, und wenn dies der Fall ist, so kann gewiß nicht in Abrede gestellt werden, daß die ununterbrochene Unterlassung der Grund ist, dem diese Wirkung der Aufhebung des Rechts des Gläubigers zugeschrieben werden muß.

Recht deutlich tritt die Richtigkeit dieser Auffassung hervor, wenn man die Obligation in ihrer Richtung auf Leistung des Interesses betrachtet, welches der Gläubiger an der Unterlassung hat. Wenn nämlich die zu unterlassende Handlung wiederholt vorgenommen werden kann, und wenn auf diese Weise der Gläubiger an der ununterbrochenen Unterlassung jener Handlung interessirt ist, so wird der Gläubiger schon dann auf das Interesse klagen können, wenn jene Handlung einmal oder einzelne Male vorgenommen ist, freilich nicht auf das Interesse überhaupt, welches die Obligation für ihn repräsentirt, sondern auf Ersatz desjenigen Vermögensschadens, der ihm verursacht ist dadurch, daß bis jetzt einzelne Male seinem Recht entgegengehandelt ist. Der Gläubiger hat hier blos die Entstehung seines Rechts zu beweisen. Allerdings gehört dazu auch der Nachweis des Umfangs desselben, also der Nachweis desjenigen Vermögensschadens (Interesse), den er durch das obligationswidrige Verhalten des Schuldners erlitten hat, aber nicht auch der Nachweis des obligationswidrigen Verhaltens des Schuldners; vielmehr liegt es diesem ob, den Nachweis seines obligationsmäßigen Verhaltens zu führen. Der Schuldner hat also zu beweisen, daß er bis dahin die zu unterlassende Handlung auch wirklich unterlassen habe. Damit ist aber nicht gesagt, daß er beweisen müßte, er habe in jedem Momente vom Augenblick der entstandenen Obligation an jene Handlung unterlassen. Denn der klagende Gläubiger wird, um den Umfang seines Interesses darthun zu können, auf bestimmte einzelne Fälle des obligationswidrigen Verhaltens des Schuldners hinweisen müssen.

Damit gesteht er aber zugleich das obligationsmäßige Verhalten des Schuldners für die übrige Zeit zu, und der dem Schuldner obliegende Beweis des obligationsmäßigen Verhaltens kann sich demnach nur auf die vom Kläger bezeichneten Fälle erstrecken.

Iſt nun der Anſpruch auf das Intereſſe, weil identiſch mit der Obligation überhaupt, ſchon von dem Augenblicke an vorhanden, wo dieſe entſtanden iſt, ſo iſt derſelbe auch in ſoweit als getilgt und aufgehoben zu betrachten, als die in Frage ſtehende Handlung der Obligation gemäß unterlaſſen iſt. Iſt dies während einer beſtimmten Zeit der Fall geweſen, ſo kann von einem Recht des Gläubigers auf Unterlaſſung bezw. ſtellvertretendes Intereſſe für jene Zeit keine Rede mehr ſein, wenngleich das Recht für die nachfolgende Zeit natürlich fortbeſteht. Der Grund aber, aus dem für die frühere Zeit das Recht des Gläubigers beſeitigt iſt, beſteht in nichts anderem, als darin, daß der Schuldner für jene Zeit ſeiner obligatoriſchen Verpflichtung nachgekommen iſt, daß er die zu unterlaſſende Handlung auch wirklich unterlaſſen hat. Dieſe Thatſache iſt demnach auch als rechtsvernichtende zu betrachten und zu behandeln.

Nur darf dabei nicht überſehen werden, daß die vernichtende Kraft dieſer Thatſache nicht die Totalität des Rechts ergreift. Dieſe Wirkung kann ſie erſt dann haben, wenn die ganze Zeit abgelaufen iſt, während welcher eine Handlung unterlaſſen werden ſoll. Hat nämlich der Schuldner während dieſer ganzen Zeit ununterbrochen ſeine Verbindlichkeit erfüllt, ſo iſt damit auch das Recht in ſeiner Totalität untergegangen und exiſtirt jetzt nicht mehr.

Das vom Anfang der entſtandenen Obligation anhebende und mit der fernern Dauer deſſelben fortſchreitende Unterlaſſen hat daher eine mit dem Beſtande der Obligation fortſchreitende vernichtende Wirkung in der Weiſe, daß, in ſoweit in der ſchon verfloſſenen Zeit eine dauernde Unterlaſſung vorliegt, für eben dieſe Zeit auch die von Anfang an vorhandene Intereſſeforderung aufgehoben und getilgt wird, daß aber die ganze Obligation erſt dann als getilgt angeſehen werden kann, wenn bis zum letzten Moment des Beſtandes derſelben die zu unterlaſſende Handluug wirklich unterlaſſen iſt.

Es tritt hier ein gleiches Verhältniß ein, wie bei andern einheitlichen Obligationen, die auf eine ſucceſſive Mehrheit einzelner poſitiver Leiſtungen gerichtet ſind, wie z. B. bei der stipulatio in annos singulos, der stipulatio plurium pensionum u. ſ. w.[29]).

[29]) L. 16. §. 1. D. de V. O. 45. 1, L. 58. pr. D. de fidejuss. 46. 1, L. 140. §. 1. D. de V. O. 45. 1. Gajus IV. §. 130. 131.

Die Vornahme einer einzelnen von den mehreren successiven Leistungen hat nicht die Kraft die ganze Obligation aufzuheben, sondern diese kann nur in soweit, als sie auf diese Leistung gerichtet ist, als vernichtet angesehen werden. Die vollständige Vernichtung der ganzen Obligation tritt erst dann ein, wenn alle Leistungen erfolgt sind. Würde nun aus einer solchen Obligation z. B. auf die erste fällige Leistung geklagt werden, so wäre die Behauptung des Beklagten, er habe dieselbe schon effectuirt, weiter nichts als die Behauptung, daß das Recht des Klägers in der Richtung auf diese erste Leistung schon erloschen sei, weil er dieselbe schon vorgenommen habe, und er müßte zweifelsohne diese Thatsache der Leistung als eine das Klagrecht auf dieselbe vernichtende beweisen, obwohl er selbst vielleicht zugiebt, daß das Klagrecht auf noch andere, erst später fällige Leistungen gerichtet ist.

Wie nun der Beklagte hier beweisen muß, obwohl er das Klagrecht nicht in seiner Totalität, sondern nur in soweit als vernichtet darstellt, als es bis jetzt realisirt werden könnte, wäre noch nicht geleistet, so muß auch der aus einer Obligation auf Unterlassung beklagte Schuldner, der die Forteristenz der Obligation für die Zukunft nicht bestreitet, aber behauptet, seiner Verbindlichkeit bis jetzt nachgekommen zu sein, d. h. die in Frage stehende Handlung unterlassen zu haben, dies auch beweisen, und zwar deshalb, weil er dies Klagrecht in der Richtung auf Interesse für die Vergangenheit als aufgehoben darstellt.

5. Bemerkungen über das Wesen der auf ein Unterlassen gerichteten Obligationen.

Ich will jetzt noch einer Frage Erwähnung thun, die freilich nicht mit der Frage der Beweislast zusammenhängt, die aber nicht übergangen werden kann, da sie erst neuerdings aufgeworfen ist und zwar in der schon mehrfach erwähnten Schrift Gerber's über Beweislast.

Es fragt sich nämlich, ob es überhaupt Obligationen auf Unterlassungen giebt, ob ein non facere, eine negative Handlung, eine Omissivhandlung Gegenstand einer Obligation sein könne.

Die Bejahung dieser Frage erscheint als ein innerer Wider-

ſpruch, wenn man davon ausgeht, daß das Weſen der Obligation darin beſteht, daß ſie den Schuldner zu einer Leiſtung an den Gläubiger verpflichtet — „Obligationum substantia — in eo consistit, — ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum“ [50]). — Man müßte, um das Unterlaſſen einer Handlung als Gegenſtand einer Obligation betrachten zu können, das non facere ebenfalls als eine Leiſtung, als ein facere im weitern Sinne anſehen. Dies iſt auch immer geſchehen [51]), und es wird auch in den Quellen des Römiſchen Rechtes von Obligationen auf ein non facere geſprochen, ſo z. B. in L. 2. §. 5. L. 4. pr. §. 1. L. 75. §. 7. L. 83. pr. L. 85 §. 3. D. de V. O. 45. 1, L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4.

Gerber hat meines Wiſſens zuerſt in ſeinen Beiträgen S. 36 flg. die Exiſtenz von Obligationen auf non facere, Unterlaſſungen geleugnet. Er geht von der verſchiedenen Bedeutung des Unterlaſſens von Handlungen aus, und meint, daß daſſelbe nur folgende juriſtiſche Momente enthalten könne:

1. „das Unterlaſſen rechtswidriger Handlungen kann juriſtiſch nur als Merkmal der Anerkennung von Rechten Anderer,
2. das Unterlaſſen von Handlungen, zu denen man verpflichtet iſt, als Merkmal einer Rechtsverletzung, und
3. das Unterlaſſungen von Handlungen, zu denen man berechtigt iſt, nur als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten in Betracht kommen.“

Das Unterlaſſen von rechtswidrigen und auch von ſolchen Handlungen, zu deren Vornahme man verpflichtet iſt, kann ſelbſtverſtändlich niemals Gegenſtand einer ſelbſtändigen Obligation ſein, wohl aber das Unterlaſſen von Handlungen, zu deren Vornahme man berechtigt iſt, und in ſolchen Fällen ſoll nach Gerber der Inhalt der Obligation nicht in der Verpflichtung zur Unterlaſſung der berechtigten Handlung beſtehen, ſondern in der Verpflichtung, „auf die Ausübung eines Rechts, ſobald man in der Lage ſein würde, ſelbige vorzuneh-

---

[50]) L. 3. pr. D. de O. et A. 44. 7.

[51]) Vgl. Puchta Pand. §. 220. Savigny Obl. I. S. 296 ffg. 343 fg.

men, zu Gunsten des Forderungsberechtigten, wenn er es will, Verzicht zu leisten."

So soll namentlich das pactum de non petendo, welches in den meisten Fällen keine die Obligation ipso jure vernichtende Kraft hatte, sondern nur ein Gegenrecht erzeugte, mittelst dessen exceptionsweiser Vorschützung die angestellte Klage erfolglos gemacht werden konnte, für den paciscirenden Gläubiger nichts anders erzeugen „als die Verpflichtung desselben, auf die Ausübung des Klagrechts, sobald er in die Lage kommt, davon Gebrauch zu machen, auf Verlangen des Gegners Verzicht zu leisten."

Gegen diese Ansicht Gerbers ist jetzt Unger Oester. Privatr. §. 129. Note 31a aufgetreten. Er bezeichnet jene Ansicht als „einen Grundfehler, der die ganze Schrift Gerber's durchziehe," und meint namentlich, daß nach der Gerber'schen Auffassung das pactum de non petendo „im Grunde nichts anderes als ein pactum de paciscendo wäre, während es doch vielmehr der sofortige Verzicht auf die Ausübung des Klagrechts sei, wodurch der Berechtigte verpflichtet werde, die Klagung zu unterlassen."

Im practischen Erfolge ist es meines Erachtens ganz gleichgültig, ob man der Ansicht Gerber's oder der sonst allgemein angenommenen folgt. Vom rein theoretischen Standpuncte aus betrachtet, scheint mir jedoch die Ansicht Gerber's den Vorzug zu verdienen [32]).

Zunächst kann nämlich nicht geleugnet werden, daß, wie schon vorhin hervorgehoben wurde, es als ein Widerspruch, als eine Paradoxie erscheint, wenn man sagt, den Gegenstand der Obligation könne nur eine Handlung des Schuldners bilden, dahin gehöre aber auch das Unterlassen von Handlungen, ein non facere. Denn das Unterlassen einer Handlung ist eben nur ein Unterlassen, dies aber der Gegensatz einer Handlung und kann daher selbst als Handlung, als ein facere nicht angesehen werden.

Es läßt sich nun aber auch überall, wo es sich um eine auf ein non facere gerichtete Obligation handelt, nachweisen, daß die Obligation nicht so sehr auf etwas Negatives, auf ein non fa-

---

[32]) Daß die von Gerber bei der Lex commissoria aus dieser Ansicht gezogenen Consequenzen nicht richtig sind, wird später gezeigt werden.

cere, als vielmehr auf etwas Positives, auf eine wirkliche Handlung gerichtet ist.

Ich will versuchen, an einzelnen in den Quellen vorkommenden Obligationen auf non facere diese positive Seite hervorzukehren, und beginne zunächst mit der von Paulus in L. 4. pr. L. 83. pr. L. 121. D. de V. O. 45. 1. gedachten:

Stipulatio: „dolum malum abesse a te heredeque tuo."

Diese Formel war sehr gebräuchlich, um der durch Stipulation begründeten obligatio und actio stricti juris die Natur einer freien Obligation und Klage zu geben[55]). Die dadurch begründete Obligation ging dem Wortlaute nach auf ein Unterlassen solcher Handlungen, deren Vornahme mit der die obligatio bonae fidei beherrschenden bona fides nicht in Einklang standen. Verpflichtete nun ein bonae fidei negotium den Schuldner zu einem der bona fides entsprechenden Verhalten, das doch als etwas Positives aufgefaßt werden kann und muß, so bewirkte der Gebrauch der gedachten clausula doli bei dem negotium stricti juris dieselbe auf etwas Positives gerichtete Verpflichtung. War der Schuldner aus dem stricti juris negotium zu der stipulirten Leistung nur in der Gestalt verpflichtet, wie sie durch die Wortfassung fixirt war, und war hiernach die in Anwendung gebrachte Wortfassung die einzige Norm zur Beurtheilung des zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Verhältnisses, so war er über diese selbstgesetzte Norm hinaus zu Allem befugt, was nicht mit derselben in gradem Widerspruch stand, und was bei einem bonae fidei negotium als der das Verhältniß beherrschenden bona fides widerstreitend eine Verletzung der hieraus folgenden Verbindlichkeit sein würde. Wurde nun einem stricti juris negotium die clausula doli hinzugefügt, so verpflichtete sie den Schuldner zu einem Aufgeben derjenigen Rechte, welche ihm über die für das stricti juris negotium allein geltende Norm hinaus zustanden, und indem jetzt die bona fides mit zu einer das obligatorische Verhältniß beherrschenden Norm erhoben wurde, verpflichtete sie den Schuldner zugleich, seiner obligatorischen Obliegenheit in der Weise nachzukommen, wie es diese Norm, die bona fides, erheischt, also diejenige Sorg-

[55]) Savigny System V. Beil. XIII. Nr. 17.

falt aufzuwenden, deren Verſäumung mit der bona fides im Widerſpruch ſteht.

Hiernach iſt aber die durch die stipulatio: „dolum malum abesse“ begründete Obligation nicht ſo ſehr negativer als vielmehr poſitiver Natur, und dies anerkennt auch Paulus, indem er in der citirten L. 83 ſagt: „Et qui spondet, dolum malum abesse abfuturumque esse, non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit.“ Denn das „curare, ut dolus malus absit“ kann weiter nichts bedeuten, als das Aufwenden einer gewiſſen Sorgfalt, einer Sorgfalt, deren Verſäumung unter den Geſichtspunct des dolus fällt, wenn die bona fides einmal die entſcheidende Norm ſein ſoll.

Daſſelbe, was Paulus ſagt von der stipulatio dolum malum abesse, ſagt er in derſelben Stelle von der

Stipulatio: „per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat“ [54]).

Dem Wortlaute nach begründet dieſe Stipulation die Verpflichtung des Grundeigenthümers, den Stipulator nicht zu hindern, nicht zu ſtören, wenn derſelbe über ſein, des Verpflichteten Grundſtück gehen oder fahren will.

Das durch dieſe Stipulation begründete Verhältniß hat eine außerordentlich große Aehnlichkeit mit einer servitus itineris actus, oder mit einer perſönlichen Servitut. Denn auch hier iſt der Eigenthümer des Grundſtücks verpflichtet, den Berechtigten nicht zu ſtören, wenn derſelbe über ſein (das dienende) Grundſtück gehen oder fahren ſollte.

Allein trotz dieſer Aehnlichkeit iſt die Verſchiedenheit beider Verhältniſſe eine ſehr große. Genau bezeichnet iſt ihre Verſchiedenheit ſo groß, wie verſchieden ein Sachenrecht von einem obligatoriſchen Rechte iſt. Das Recht, über ein fremdes Grundſtück zu gehen bezw. zu fahren als Sachenrecht erſcheint als eine (partielle) rechtliche Herrſchaft über das fragliche Grundſtück, dieſes ſelbſt als jener Herrſchaft unterworfen, als das unmittelbare Object derſelben. Nicht die Perſon des Eigenthümers des in Frage ſtehenden Grundſtücks ſteht dem Recht als verpflich-

---

[54]) Vgl. auch L. 2. §. 5. 6. L. 4. §. 1 L. 75. §. 7. L. 85. §. 3. D. de V. O. 45. 1.

tet gegenüber, da es eine Herrschaft nicht über eine Person, sondern über eine Sache ist. Indem aber diese Sache das Object jener Berechtigung, jener Herrschaft ist, ist zugleich das Eigenthum hieran ein beschränktes. Enthält nämlich das Eigenthum unter Anderm auch die Befugniß, jede fremde Einwirkung auf die das Object des Eigenthums bildende Sache willkührlich auszuschließen, so ist die Ausübung dieser Befugniß dem gegenüber ausgeschlossen, der als Inhaber eines servitutischen Rechts, als Inhaber einer (partiellen) rechtlichen Herrschaft sich eine Einwirkung auf das fragliche Grundstück erlaubt. Insofern nun dem servitutischen Recht gegenüber das Eigenthum als ein beschränktes, belastetes erscheint, insofern ist auch der jeweilige Eigenthümer des Grundstücks in der Ausübung der im Eigenthume liegenden Befugnisse beschränkt: er muß dulden, daß der Servitutberechtigte sich Einwirkungen auf sein Grundstück erlaubt, die er zu hindern befugt wäre, wenn sein Eigenthum ein unbeschränktes wäre, wenn dem Berechtigten die Servitut nicht zustände. Darum hat aber auch dies Dulden-müssen, d. h. das Nichtstörendürfen des Berechtigten in der Servitut nicht den Character einer persönlichen (obligatorischen) Verpflichtung, sondern ist als eine Verpflichtung zu betrachten, wie sie dem dinglich Berechtigten gegenüber jedem Dritten obliegt, als die Verpflichtung, das dingliche Recht zu respectiren, nichts zu thun, was eine Störung jenes Rechtes enthalten könnte.

Wie ganz anders gestaltet sich das durch obige Stipulation hervorgebrachte Verhältniß. Hat die Stipulation überhaupt nur die Fähigkeit, eine Obligation zur Entstehung zu bringen, so kann auch das durch die stipulatio: „per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat“, womit die andere Fassung: „sibi heredique suo ire agere licere“ gleichbedeutend ist, erzeugte Verhältniß nur ein obligatorisches sein. Der Eigenthümer des Grundstücks soll also persönlich, als Schuldner verpflichtet sein, zu dulden, daß der Stipulator über sein Grundstück fahre oder gehe, ihn nicht zu stören, wenn er über sein Grundstück geht oder fährt. Der Stipulator ist auch hier berechtigt, über des Schuldners Grundstück zu gehen und zu fahren, aber diese Berechtigung ist von der vorhin beschriebenen servitutischen weit verschieden. In dem servitutischen (dinglichen) Verhältniß tritt die Berechtigung in den Vordergrund, und die

Beschränkung des Eigenthumsrechts am dienenden Grundstück und die Verpflichtung dieses Eigenthümers, die Ausübung jener Berechtigung zu dulden, erscheint als die nothwendige Folge dieser Berechtigung. In dem den Stipulator zum Gehen und Fahren auf dem Grundstücke des Schuldners berechtigenden Verhältniß tritt diese Berechtigung ganz in den Hintergrund.

Der Schwerpunct in einer Obligation liegt auf Seite des Schuldners, dieser schuldet eine Leistung, die der Gläubiger zu fordern berechtigt ist. In der durch die obige Stipulation begründeten Obligation besteht nun die geschuldete Leistung dem Wortlaut gemäß in dem Dulden, in dem Nichtstörendürfen, daß der Stipulator über das Grundstück gehe und fahre. Folgeweise besteht auch das Recht des Stipulators in der Befugniß, vom Schuldner zu verlangen, daß er ihn im Gehen und Fahren auf seinem, des Schuldners, Grundstücke nicht hindere, nicht störe. Der Stipulator hat also nicht so sehr das Recht zu gehen und zu fahren, als vielmehr nur die Befugniß, vom Schuldner zu verlangen, daß er ihn nicht störe im Gehen und Fahren über sein Grundstück.

Die Grundverschiedenheit dieser persönlichen und der vorhin besprochenen dinglichen Befugniß tritt hierin offen hervor. Dasselbe ist aber auch der Fall in Beziehung auf die Verpflichtung. Dem dinglichen Recht zu gehen und zu fahren steht die dingliche Verpflichtung der gesammten übrigen Welt gegenüber, jenes Recht zu respectiren, die Ausübung nicht zu stören. Zu dieser übrigen verpflichteten Welt gehört auch der Eigenthümer desjenigen Grundstücks, dem jenes Recht anhaftet, und zwar als Inhaber eines beschränkten Eigenthums, worin nicht mehr die Befugniß liegt, die servitutrechtliche Einwirkung des Berechtigten auszuschließen.

Dem persönlichen Recht gegenüber besteht die persönliche Pflicht des Eigenthümers, den Gläubiger nicht zu stören, wenn er über sein Grundstück geht und fährt.

Der Eigenthümer ist also nur persönlich beschränkt, sein Eigenthum dagegen unbeschränkt; und darum hat er noch immer die im Eigenthum überhaupt liegende Befugniß, jede fremde Einwirkung auszuschließen. Diese Befugniß hat er auch dem persönlich berechtigten Stipulator gegenüber noch immer, eben weil sein Eigenthumsrecht ein unbeschränktes ist, aber er hat auch die per-

ſönliche Verpflichtung, von dieſem Recht dem Berechtigten gegenüber keinen Gebrauch zu machen.

Dieſe Concurenz der dinglichen Berechtigung und der perſönlichen Verpflichtung in der Perſon des Schuldners giebt an die Hand, wie in der an ſich negativen Verpflichtung eine poſitive Seite hervorzukehren iſt.

Indem nämlich der Schuldner der Obligation entſprechend den Stipulator nicht ſtört, wenn er über ſein Grundſtück fährt und geht, übt er das in ſeinem Eigenthum liegende Recht nicht aus, jede fremde Einwirkung auszuſchließen. Indem er jenes Gehen und Fahren duldet, übt er in Wirklichkeit einen Verzicht auf eine in ſeinem Eigenthum liegende Befugniß; das fortdauernde Dulden des Gehens und Fahrens iſt ein fortgeſetztes Verzichtleiſten auf die Ausübung eines Rechts, das ihm noch immer zu Gebote ſteht, ein Verzichtleiſten, das in der fortgeſetzten Nichtſtörung des Stipulators einen thatſächlichen Ausdruck erhält. Das Recht des Stipulator geht demnach auch nur dahin, von dem Eigenthümer eine Verzichtleiſtung auf das in dem Eigenthume liegende Recht der Störung zu verlangen, wenn er, der Stipulator über des Schuldners Grundſtück gehen und fahren ſollte.

Bei dieſer Auffaſſung der Sache erlangt man in der Verzichtleiſtung eine poſitive Leiſtung — facere — als den Gegenſtand der in Frage ſtehenden Obligation. Dadurch aber wird zugleich vermieden, daß die Berechtigung des Stipulator zu gehen und zu fahren in den Vordergrund tritt, und endlich gelangt bei dieſer Auffaſſung die perſönliche obligatoriſche Natur des durch jene Stipulation begründeten Verhältniſſes erſt zu klarer Anſchauung. Daß man hier immer das Unterlaſſen der Störung, das Dulden, das non facere als Gegenſtand der Obligation bezeichnet, iſt ſehr wohl erklärlich, wenn man der dargeſtellten Auffaſſung folgend nur bedenkt, daß die dem Eigenthümer obliegende Verzichtleiſtung ſtillſchweigend durch das Dulden des Gehens und Fahrens, durch das Nichtſtören des Stipulators im Gehen und Fahren geübt wird. Und da dem practiſchen Geſichtspuncte nach das Gehen und Fahren bezw. die Berechtigung dazu als die Hauptſache erſcheint, ſo tritt auch auf Seite des Schuldners in practiſcher Auffaſſung das non facere als Manifeſtation des geſchehenen Verzichtes beſonders in den Vordergrund.

Die in L. 4. §. 1. D. de V. O. 45. 1. vom Paulus erwähnte

Stipulatio: „amplius non agi“,

abgeschlossen zwischen Gläubiger und Schuldner mit Beziehung auf eine bestehende Obligation begründet der wörtlichen Auffassung gemäß die Verbindlichkeit des Gläubigers, sein Klagrecht aus der vorausgesetzten Obligation nicht geltend zu machen, also eine Obligation auf ein non facere. Allein auch diese Obligation läßt sich als eine positive, gerichtet auf ein facere, auffassen. Denn der Gläubiger, welcher durch Stipulation sich verpflichtet, sein Forderungsrecht im Wege der Klage nicht geltend zu machen — amplius non agi —, verliert damit nicht sein Forderungsrecht, dies bleibt vielmehr bestehen. Der Untergang desselben würde auch nicht durch jene Stipulation, sondern höchstens durch Acceptilation herbeigeführt werden können; dann würde aber ein Klagrecht nicht mehr vorhanden sein, und es könnte folgeweise auch nicht von der Verbindlichkeit die Rede sein, die Klagung zu unterlassen.

Man kann auch diese auf Unterlassung der Klagung gerichtete Obligation auffassen als eine Obligation zur Verzichtleistung auf das annoch bestehende Klagrecht, und darauf, d. h. auf Acceptilation würde mit der actio ex stipulatu gewiß auch nur geklagt werden können. In dem non facere, amplius non agere, in der Nichtverfolgung des annoch bestehenden Klagrechts wird allerdings der auf Aufgeben des Klagrechts gerichtete Wille des Schuldners sich aussprechen, er wird die Klagung unterlassen, weil er wohl weiß, daß sein an sich vorhandenes Klagrecht in Wirklichkeit von Erfolg nicht sein wird, weil ihm aus der stipul. amplius non agi ein die Wirksamkeit des Klagrechts ausschließendes Exceptionsrecht entgegengestellt werden kann, und insofern tritt das Unterlassen der Klagung als Gegenstand der Obligation in den Vordergrund. Aber das Unterlassen der Klagung ist immerhin nur das thatsächliche, stillschweigende Aufgeben des Klagrechts, dies Aufgeben selbst also der eigentliche Gegenstand der Obligation.

Wie die eben besprochene Stipulation, so erzeugt auch die liberatio legata dem Wortlaute nach — „Heres damnatus, non petere a debitore,“ „Quod mihi Sempronius debet, peti nolo[55].“

[55]) Vgl. L. 8. §. 1. D. de doli except. 44. 4, L. 22. D. de liber. legat. 34. 3.

— die obligatoriſche Verbindlichkeit, die Klagung zu unterlaſſen, in Wirklichkeit jedoch die Verpflichtung, dem (ſchuldenden) Legatar die in Frage ſtehende Schuld zu erlaſſen, ihm gegenüber auf ſein Recht Verzicht zu leiſten, alſo eine Verbindlichkeit auf eine poſitive Leiſtung, die vom Schuldner, dem die liberatio legirt iſt, nicht blos excipiendo, ſondern auch agendo geltend gemacht werden kann [36]).

Eine gleiche Bewandtniß, wie mit der stipulatio amplius non agi hat es mit dem pactum de non petendo. Auch dies hebt regelmäßig [37]) die zu Grunde liegende Obligation nicht ipse jure auf, ſondern erzeugt nur ein in Geſtalt einer exceptio geltend zu machendes Gegenrecht. Von der stipulatio unterſcheidet es ſich nur dadurch, daß die durch daſſelbe begründete Verbindlichkeit zur Verzichtleiſtung auf das Klagrecht nicht klagweiſe, agendo, geltend gemacht werden konnte, da ein nudum pactum einen klagbaren Anſpruch zu erzeugen überhaupt nicht geeignet war.

Einen beſondern Fall einer auf ein non facere gerichteten Obligation theilt Ulpian in L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4. mit.

„Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceretur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in jus eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.“

Die durch die Lex privata begründete Verbindlichkeit iſt ge-

---

[36]) L. 7. §. 1. D. de liber. leg. 34. 3. »Si is, qui stipulatus Stichum aut decem, damnaverit heredem Stichum non petere, legatum valere constat; sed quid contineat? videamus. Et Julianus scribit: actionem ex testamento in hoc esse videri, ut debitor accepto liberetur.« Ulpian. L. 3. §. 3. eod. »Nunc de effectu legati videamus. Et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem.« Ulpian.

[37]) L. 27. §. 2. D. de pactis 2. 14.

richtet auf Unterlassung des Rechts auf den Fischfang, eines Rechts, das jedem Menschen zustand, und sie kann nur als eine obligatorische aufgefaßt werden[38]).

Durch den diese Obligation begründenden Vertrag geht in der Person des Contrahenten, der sich verpflichten will, das Recht auf den Fischfang selbst nicht unter. Wäre dies der Fall, so würde er nicht mehr fischen dürfen, weil ihm die Befugniß dazu mangelt, und von einer (obligatorischen) Verpflichtung, den Fischfang zu unterlassen, könnte keine Rede sein. Bleibt nun das Recht auf den Fischfang als ein jedem Menschen zustehendes auch in der Person des sich verpflichtenden Paciscenten bestehen, so manifestirt auch hier das dauernde dem Vertrage entsprechende Unterlassen des Fischfangs den auf das Aufgeben des Rechts gerichteten Willen des Verpflichteten. Indem er in irgend einem Momente von dem ihm zustehenden Rechte keinen Gebrauch macht, verzichtet er wenigstens für diesen Moment auf die Ausübung seines Rechts, und insofern kann man sagen, daß der Schuldner verpflichtet ist, in jedem Moment während der ganzen Dauer des obligatorischen Verhältnisses auf die Ausübung eines ihm zu Gebote stehenden Rechts Verzicht zu leisten, und daß diese Verzichtleistung als der eigentliche Gegenstand der Obligation anzusehen ist.

Ich schließe hiermit die Darstellung der in den Quellen erwähnten Obligationen auf ein non facere. Wie bei ihnen eine positive Leistung als Gegenstand der Obligation sich herausfinden läßt, so ist ein Gleiches denkbar bei andern möglichen Fällen einer auf ein Unterlassen gerichteten Obligation.

6. Beweislast bei der Privationsklage gegen den Emphyteuten und der Klage des Vermiethers gegen den Miether auf Räumung wegen Nichtzahlung des Canons bezw. des Miethgeldes und wegen Mißbrauchs der Sache.

Der regelmäßige Nachtheil, welcher den Schuldner trifft, wenn er gegen eine ihm obliegende Verbindlichkeit verstößt, besteht in der Leistung des Interesse.

---

[38]) Vgl. Savigny Obl. R. I. S. 297 Note 6.

Für einzelne Fälle der Verletzung obligatorischer Verbindlichkeiten sind noch besondere den Schuldner treffende Nachtheile festgesetzt worden. Von den hieher gehörigen Fällen sollen folgende mit Bezug auf die Beweislast hier besprochen werden:

1. Der Miether (Pächter) soll seines Miethrechts verlustig gehen
   a. wegen zweijähriger Nichtzahlung des Miethgeldes [39]),
   b. wegen Mißbrauchs der gemietheten Sache [40]).
2. Ein Gleiches soll den Emphyteuten wegen Nichtzahlung des Canons bezw. Mißbrauchs treffen [41]).

Die Beweisfrage würde in diesen Fällen keine Schwierigkeit machen, wenn man etwa annehmen wollte, daß das Recht des Miethers bezw. des Emphyteuten durch Eintritt der gedachten Umstände ipso jure unterginge.

Der Vermiether bezw. dominus emphyteuseos würde auf die Vindication beschränkt sein; wenn dann der Beklagte sich excipiendo auf sein Mieth- bezw. emphyteutisches Recht beriefe, so würde es nunmehr am Kläger liegen, jene ipso jure Vernichtung dieses Rechtes geltend zu machen. Er müßte also, freilich nicht als eine sein Recht erzeugende, sondern vielmehr als eine das Exceptionsrecht des Beklagten vernichtende Thatsache behaupten und beweisen, daß Beklagter den Canon oder das Miethgeld nicht rechtzeitig gezahlt oder daß er das in Frage stehende Object mißbraucht bezw. deteriorirt habe.

Nun heben aber die oben bezeichneten Umstände das Recht des Miethers bezw. des Emphyteuten nicht ipso jure auf, wie eben vorausgesetzt wurde, sie geben vielmehr dem Vermiether und dominus emphyt. nur die Befugniß, ihrerseits das in Frage stehende Verhältniß aufzuheben, so daß dasselbe als fortbestehend zu betrachten ist, wenn von jener Befugniß kein Gebrauch gemacht werden sollte.

Hiernach muß denn auch die Beweislast in ganz anderer Weise vertheilt werden, als das vorhin geschehen ist.

---

[39]) Vgl. L. 54. §. 1. L. 56. D. locati 19. 1.

[40]) Vgl. L. 3. Cod. locati 4. 65.

[41]) Vgl. L. 2. 3. Cod. de jure emphyt. 4. 66, nov. 7. cap. 3. §. 2, nov. 120. cap. 8, Cap. 4. X. de locat. 3. 18.

Um nun aber feststellen zu können, wie die Beweislast richtig zu vertheilen ist, wird es nothwendig sein, auf die Natur jener Befugniß etwas näher einzugehen.

Soviel steht zunächst fest, daß jene Befugniß nur als eine persönliche, obligatorische aufgefaßt werden kann. Ein persönliches Recht kann nun aber nicht gedacht werden ohne eine entsprechende gegenüberstehende Verbindlichkeit derjenigen Person, gegen welche das Recht gerichtet ist, und zwar muß diese gegenüberstehende Verbindlichkeit auf eine bestimmte, einen Vermögenswerth für den Gläubiger repräsentirende Leistung gerichtet sein.

Daher muß auch jenem Rechte, mittelst dessen Gebrauchs der Vermiether bezw. der dominus emphyt. das Mieth- bezw. emphyteutische Verhältniß beendigen kann, eine Verbindlichkeit des Miethers bezw. Emphyteuten zu einer bestimmten Leistung gegenüberstehen. Diese Leistung kann aber in nichts anderm bestehen, als in einem Aufgeben des Mieth- oder emphyteutischen Rechts, in einem Verzichtleisten auf dasselbe seitens des Miethers und Emphyteuten[42]). Jenes Recht des Gläubigers besteht demnach in den Rechte, von dem Miether oder Emphyteuten für den Fall der Nichtbeachtung ihrer Obliegenheiten das Aufgeben ihrer Rechte zu verlangen.

Es fragt sich nun ferner, in welchem Verhältniß die eben genannte Obligation zu der ursprünglichen obligatorischen Verpflichtung des Miethers und Emphyteuten steht.

Bei Beantwortung dieser Frage habe ich zunächst den Fall vor Augen, wenn die nicht rechtzeitige Zahlung des Miethgeldes oder des Canon den Grund jenes Rechts des Vermiethers bezw. des dominus emphyt. bildet.

Es bedarf nun zunächst keines Nachweises, daß die Nichtzahlung nicht als eine wirkliche Bedingung (conditio im technischen Sinne) der Entstehung jenes Rechts des Gläubigers angesehen werden kann. Es gilt von der Nichtzahlung in dieser Beziehung ganz dasselbe, was von der Nichterfüllung einer Obligation überhaupt als Voraussetzung einer Forderung auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand gilt. Auch dabei kann die Nichterfül-

---

[42]) Vgl. über diese Natur der Leistung die weitern Ausführungen bei Gerber S. 32 ffg.

lung nicht als eine wirkliche Bedingung (conditio) der Entstehung der Interesseforderung angesehen werden.

Man könnte nun aber dennoch die nicht rechtzeitige Zahlung des Miethgeldes und des Canon als eine jenes Recht des Gläubigers gegen den Miether oder Emphyteuten erzeugende Thatsache ansehen, und wäre dies der Fall, so müßte zweifelsohne der klagende Gläubiger die zum processualischen Klaggrunde gehörende Thatsache beweisen, daß der Miether zwei Jahr hindurch das Miethgeld, der Emphyteut drei bezw. zwei Jahr hindurch den Canon nicht entrichtet habe.

Allein diese Auffassung kann als richtig nicht zugestanden werden.

Es ist schon früher gezeigt worden, daß, wenn wegen Nichterfüllung einer Obligation oder wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung Interesse vom Schuldner gefordert wird, diese Interesseforderung nicht eine selbständige, erst durch Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige Erfüllung erzeugte ist, daß vielmehr der Anspruch auf Leistung des Interesse schon früher mit dem Anspruch auf die principale Leistung, weil mit diesem identisch, vorhanden ist. Der Grund dafür ist, abgesehen von den Quellenbelegen, darin gefunden worden, daß das Interesse das gesetzliche Aequivalent für die unterbliebene Leistung überhaupt oder für die unterbliebene Rechtzeitigkeit der Leistung bildet.

Wenn nun das Gesetz dem in Zahlung des Miethgeldes oder des Canon säumigen Schuldner zur Strafe die Verbindlichkeit auferlegt, sein Recht aus dem in Frage stehenden Rechtsverhältnisse aufzugeben, darauf zu verzichten, falls der Gläubiger dies verlangen sollte, so kann man auch diese in dem „Aufgeben" bestehende Leistung des Miethers oder Emphyteuten als einen gesetzlich besonders specialisirten Ersatz für die unterbliebene Rechtzeitigkeit der Zahlung des Miethgeldes oder des Canon ansehen.

Aus den Quellen freilich läßt sich diese Auffassung nicht nachweisen; aber sie dürfte wohl in den angegebenen Gesichtspuncten und in der Aehnlichkeit dieses Falles mit den Forderungen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand ihre Rechtfertigung finden. Wahr ist freilich, was Unger §. 129. Note 31a gegen die hier vorgetragene, von Gerber Beiträge vertheidigte Ansicht sagt, daß nämlich „der Gläubiger, welcher in diesen Fällen die Aufhebung des Vertragsverhältnisses fordert oder geltend macht,

dadurch künftige, nach der bewiesenen Unpünctlichkeit wahrscheinliche Nachtheile und Weiterungen vermeiden will." Dies spricht aber noch nicht gegen die dargestellte Auffassung, die trotzdem gerechtfertigt sein kann. Denn der Gläubiger erhält doch das Recht, die Aufhebung des obligatorischen Verhältnisses zu fordern, dafür, daß nicht rechtzeitig gezahlt ist, und der Schuldner muß, eben weil er nicht rechtzeitig gezahlt hat, seine Rechte aus dem obligatorischen Verhältnisse dem Verlangen des Gläubigers gemäß aufgeben. Kann nun, wenn einmal der Termin für die Rechtzeitigkeit der Zahlung dahin ist, eine Rechtzeitigkeit derselben nicht mehr gefordert werden, so tritt dafür für den Gläubiger das Recht in die Stelle, von dem Schuldner ein Aufgeben seiner Rechte zu fordern, und für den Schuldner, der nach verstrichenem Termine rechtzeitig nicht mehr zahlen kann, tritt an die Stelle der unmöglich gewordenen Rechtzeitigkeit der Zahlung die Verbindlichkeit zur Verzichtleistung auf die ihm aus der Obligation erwachsenden Rechte. Es ist daher diese Verbindlichkeit in Wirklichkeit ein Aequivalent für die unterbliebene Rechtzeitigkeit der Leistung.

Wenn man dieser Auffassung folgt, so können auch die bei Interesseforderungen geltenden Grundsätze auf die in Frage stehenden Obligationen aus dem Mieth- und emphyteutischen Contracte ohne Weiteres angewandt werden. Wie in jeder Obligation der Gläubiger die principale Leistung oder eventuell, wenn diese unterbleibt, denjenigen Vermögenswerth vom Schuldner verlangen kann, den jene Leistung für ihn repräsentirt (Interesse), so kann der Vermiether und dominus emphyt. vom Schuldner die rechtzeitige Zahlung des Miethgeldes und des Canon, eventuell, falls die Rechtzeitigkeit unterbleibt, Aufgeben der Rechte aus dem Mieth- und emphyteutischen Verhältnisse verlangen. Und wie ferner dort der auf das Interesse klagende Gläubiger nicht zu beweisen braucht, daß die (principale) Leistung nicht erfolgt sei, wie vielmehr der beklagte Schuldner zu beweisen hat, daß die principale Leistung erfolgt sei (rechtsvernichtende Thatsache), so liegt auch nicht dem auf Aufgeben des Mieth- und emphyteutischen Rechts klagenden Gläubiger der Beweis ob, daß der Miethzins und Canon nicht rechtzeitig gezahlt sei, sondern dem Beklagten, daß er rechtzeitig gezahlt habe (rechtsvernichtende Thatsache).

Wenn, wie ich glaube, die bis jetzt dargestellte Auffassung

der in Frage stehenden Forderungen die richtige ist, so muß dieselbe und die aus derselben sich ergebende Vertheilung der Beweislast auch dann gelten, wenn wegen eines dem Miether oder Emphyteuten zur Last fallenden Mißbrauchs des das Object des Mieth- und emphyteutischen Rechts bildenden Sache der Gläubiger die Aufhebung des obligatorischen Verhältnisses fordert.

Denn wie der Schuldner zur rechtzeitigen Zahlung des Miethgeldes und des Canon verpflichtet ist, in demselben Maße ist es eine dem Schuldner obliegende obligatorische Verbindlichkeit, die gemiethete Sache und den Gegenstand, woran ihm das emphyteutische Recht zusteht, ordnungsmäßig zu gebrauchen, wie es die Obligation von ihm verlangt. Wie die nicht rechtzeitige Zahlung des Miethgeldes und des Canon eine Verletzung der obligatorischen Verbindlichkeit zur rechtzeitigen Zahlung desselben ist, ebenso ist der Mißbrauch des den Gegenstand der Obligation bildenden Objects eine Verletzung der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit zum ordnungsmäßigen Gebrauchen.

Trifft nun den Schuldner in beiden Fällen der Rechtsverletzung der gleiche Nachtheil, daß er nunmehr, falls der Gläubiger es verlangt, zum Aufgeben der ihm aus dem obligatorischen Verhältniß erwachsenden Rechte verpflichtet wird, so liegt kein Grund vor, in beiden Fällen in verschiedener Weise die Beweislast zu vertheilen, vielmehr erfordert die Consequenz, daß der Schuldner, gegen den wegen Mißbrauchs auf Aufhebung der Obligation geklagt wird, beweisen muß, er habe ordnungsmäßig gebraucht, wie es die Obligation von ihm verlangt. Hiernach scheint es mir nicht gerechtfertigt zu sein, wenn Unger (§. 129. Note 31.), welcher im Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Miethgeldes und des Canon dem beklagten Schuldner den Beweis rechtzeitiger Zahlung zuerkennt, dem Kläger den Beweis des Mißbrauchs aufbürdet, wenn er darauf seine Privationsklage oder die Klage auf Aufhebung des Miethverhältnisses stützt. Beide Fälle sind nach den obigen Ausführungen juristisch ganz gleich zu beurtheilen und zu behandeln.

Andere Grundsätze müssen freilich selbstverständlich dann gelten, wenn nicht eine dem Schuldner zur Last fallende Verletzung seiner Obliegenheiten, sondern ein anderer außerhalb der Obligation liegender Umstand den Gläubiger berechtigt, von dem Schuld-

ner ein Aufgeben der ihm aus der Obligation zustehenden Befugnisse zu verlangen. Wenn z. B. der Vermiether vom Miether die Aufhebung des Miethverhältnisses fordert „wegen einer nöthigen, die Fortsetzung des Gebrauchs nicht zulassenden Reparatur, oder wegen dringenden eigenen Bedürfnisses, oder wegen Eröffnung des Concurses über den Miether (Pächter)“ [45]), so versteht es sich von selbst, daß der Vermiether diese ihn berechtigenden Umstände beweisen muß. Sie bringen das Recht des Gläubigers, vom Miether ein Aufgeben seiner Rechte zu verlangen, erst selbständig zur Entstehung, und müssen daher als rechtserzeugende Thatsachen auch vom klagenden Vermiether bewiesen werden.

7. Beweislast bei der Klage auf Zahlung einer Conventionalstrafe und bei der Klage aus der einem Kaufcontracte hinzugefügten Lex commissoria.

a. Einleitung.

Bei Darstellung der Beweislast bei Obligationen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand ist gezeigt worden, daß die Nichtvornahme der ersten Leistung nicht als (technische) Bedingung des Anspruchs auf Leistung des Interesses anzusehen ist, und daß diese Nichtvornahme der Leistung nicht von dem auf das Interesse klagenden Gläubiger bewiesen werden muß, daß vielmehr die Vornahme der Leistung dem Anspruch auf das Interesse gegenüber als eine rechtsvernichtende Thatsache zu betrachten und vom Beklagten zu beweisen ist.

Ein Gleiches glaube ich nachgewiesen zu haben für diejenigen Fälle, wo dem in der Erfüllung obligatorischer Verbindlichkeiten säumigen oder sonst nachlässigen Schuldner besondere Nachtheile durch Gesetz angedrohet sind, wenn der Gläubiger klagt, um diese Nachtheile gegen den Schuldner geltend zu machen.

Sehr oft werden nun auch von den Contrahenten bei Eingehung von Obligationen Vereinbarungen für den Fall der Vernachlässigung obligatorischer Obliegenheiten seitens des Schuldners getroffen, Vereinbarungen, welche bezwecken, den Gläubiger solchen Pflichtverletzungen gegenüber sicherer zu stellen. Dahin gehören z. B.:

---

[45]) Vgl. Puchta Pand. §. 369.

1. Die Verabredung einer Conventionalstrafe.
2. Die Lex commissoria beim Kaufcontracte, d. h. die Verabredung, daß der Käufer, wenn er nicht rechtzeitig den Kaufpreis zahle, seiner Rechte aus dem Kaufcontracte verlustig gehen solle.
3. Die Clausula cassatoria beim Darlehen, d. h. die Verabredung, daß der Gläubiger, der an sich nur nach Kündigung klagen darf, ohne Kündigung soll klagen können, wenn der Schuldner nicht pünktlich die Zinsen zahle.
4. Bei geschuldeten terminlichen Leistungen die Verabredung, daß der Schuldner, wenn er einen Termin nicht innehalte, des Rechts auf terminweise Leistung verlustig gehen und sofort das Ganze zahlen solle.

Wenn in diesen Fällen der Gläubiger klagt, um die gewillkührten Nachtheile gegen den Schuldner zu realisiren, so entsteht die Frage, ob die Nichterfüllung als Voraussetzung des Anspruchs des Gläubigers, als rechtserzeugende Thatsache zu betrachten und von diesem zu beweisen, oder ob nicht vielmehr die Erfüllung als eine rechtsvernichtende Thatsache vom Beklagten zu beweisen ist.

Sieht man die Nichterfüllung der ursprünglichen Obligation als eine (technische) Bedingung des Eintritts der verabredeten Nachtheile an, so muß der Eintritt derselben, also die Nichterfüllung von dem jene Nachtheile geltend machenden Gläubiger als rechtserzeugende Thatsache bewiesen werden. Ist die Auffassung der Nichterfüllung als einer Bedingung richtig, so kann auch die Richtigkeit der eben über die Beweislast gegebenen Entscheidung nicht bezweifelt werden.

Allein jene Voraussetzung kann als richtig nicht zugegeben, es kann die Nichterfüllung der obligatorischen Verpflichtung in jenen Fällen als eine wirkliche Bedingung nicht angesehen werden, es muß ihr vielmehr auch hier dieselbe Bedeutung zuerkannt werden, welche sie, die Nichterfüllung hat als Voraussetzung des Anspruchs auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation, welche die Nichtzahlung des Canons bezw. des Miethgeldes hat als Voraussetzung des Verlustes der Emphyteuse bezw. des Rechtes aus dem Miethcontracte.

Ich verweise in dieser Beziehung im Allgemeinen auf die Aus-

führungen Gerbers in seinen Beiträgen, und will, bevor ich auf die Conventionalstrafe, Lex commissoria u. s. w. selbst eingehe, hier nur in Kürze referiren, was Gerber für die Ansicht anführt, daß die Nichterfüllung der obligatorischen Verbindlichkeit überhaupt nicht als eine wirkliche Bedingung anzusehen sei, indem ich gleich im Voraus erkläre, mit dieser von Gerber versuchten Begründung seiner Ansicht vollkommen einverstanden zu sein.

Die Bestimmung, welche das Institut der Bedingungen im Rechtssysteme erfüllen soll, faßt Gerber S. 101. zunächst dahin zusammen:

„Die Bedingungen sollen im Allgemeinen vermitteln, daß auch der unvollendeten Willensform die Kraft gewisser rechtlicher Wirkungen innewohne. Sie sollen insbesondere die Möglichkeit gewähren, äußere factische Umstände, welche in dem concreten Rechtsverhältnisse weder unter dem Titel einer causa, noch unter dem eines Rechtsobjects oder einer Rechtsverletzung einen Platz finden können, in die Sphäre dieses Rechtsverhältnisses willkührlich mit der Bestimmung hinein zu ziehen, daselbst als dem Willen beigeordnete Rechtsfactoren thätig zu werden. Mit andern Worten, es soll die Wirksamkeit einer causa vorbehalten und von einem gewissen Ereignisse abhängig gemacht werden können."

Als wesentliches Merkmal der technischen Bedingungen, sagt dann Gerber weiter, sei daher anzusehen die Coordination des Ereignisses neben dem in der Richtung auf die Production des Rechtsverhältnisses geeinigten Willen der Subjecte. Dieses Merkmal offenbare sich mit voller Entschiedenheit, wenn das bedingende Ereigniß ein casuelles sei, die Erkenntniß desselben werde aber erschwert, wenn es in der Vornahme oder Unterlassung einer Handlung eines der Subjecte des Rechtsverhältnisses bestehe.

Bei der Eintheilung der Bedingungen in potestativae, casuales und mixtae verstehe man nun unter potestativae nur die auf eine Handlung des berechtigten Subjects gestellten Bedingungen, so daß die Bedingungen, deren Erfüllung von dem Willen desjenigen abhänge, der mit dem Eintritt verpflichtet werden solle, in dieser Eintheilung keinen Platz finden.

Die Zulassung von Bedingungen der letztern Art habe nun

aber auch etwas Bedenkliches, namentlich in persönlichen Rechtsverhältnissen; denn wenn der Schwerpunct eines solchen grade nach der Seite des Schuldners hinliege; wenn das Wesen desselben bestehe in der theilweisen Unterwerfung des Willens des Schuldners unter den des Gläubigers, in dem „aliquem necessitate sibi adstringere ad faciendum," so sei es schlechterdings nicht möglich, ein obligatorisches Verhältniß dergestalt zu constituiren, daß die Verpflichtung, die Willensunterwerfung, vom freien Willen des Verpflichteten abhängig gemacht werde.

L. 17. D. de V. O. 45. 1. Ulpianus:

„Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione."

L. 108. §. 1. D. eod. Javolenus:

„Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit [44]).

Wenn dennoch bezüglich ihrer Erfüllung vom Willen des Schuldners abhängige Bedingungen namentlich bei Legaten und Stipulationen zulässig seien, so sei dies, an sich eine Irregularität, doch nur in der Weise möglich, daß dies bedingende Ereigniß nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend, d. h. in der Art auf den Willen des eventuell Verpflichteten gestellt werde, daß seine Verpflichtung erst dann eintreten solle, wenn er eine bestimmte Handlung vornehmen oder auch unterlassen sollte.

Es sei jedoch zu bemerken:

1) daß diese Irregularität, dieses Absehen von einem wesentlichen Merkmale der obligatorischen Verhältnisse dadurch motivirt und erträglich gemacht werden solle, daß in der Aufgabe des eventuell Verpflichteten, eine eigene Willensschwäche oder einen Zwiespalt seines eigenen Willens zu überwinden, zugleich eine Minderung seiner reinen Willkühr zu finden sei.

2) Wenn das Römische Recht diesen an sich eigenthümlichen Bedingungen eine gewisse Geltung zuerkenne, sie aber gleichwohl nicht einer der drei Hauptklassen der Bedingungen zuzähle, sondern nur als eine besondere untergeordnete Art von Bedingungen dulde, so könne diese Erscheinung nach den früheren Bemerkungen

---

[44]) Vgl. auch L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1.

nicht weiter auffallen. Da sie einmal eine geringere Berechtigung im Rechtssysteme haben, indem sie ein entschiedenes Merkmal obligatorischer Verhältnisse mehr oder weniger verleugnen, und da an ihnen überhaupt manche Eigenthümlichkeiten und Abweichungen wahrzunehmen seien, so müsse man zu dem Resultate kommen, daß die mit diesen Verhältnissen dargebotene Bereicherung des Rechtsstoffes in mancher Beziehung überhaupt eine bedenkliche sei, und daß das römische Recht aus triftigen Gründen die Grundsätze von den eigentlichen Bedingungen, soweit sie passen, aber nur analog auf sie anwende.

3) Die Anwendbarkeit dieser Analogie setze nun aber voraus, daß die oben angegebenen wesentlichen Merkmale wirklich bedingter Verhältnisse vorhanden seien, namentlich, daß diejenige Handlung oder Unterlassung des eventuell Verpflichteten, welche die Function eines Mitfactors des Rechtsverhältnisses haben solle, weder auf der einen Seite als Rechtsobject, noch auf der andern (Kehrseite) als Rechtsverletzung erscheine.

Erscheine die fragliche Handlung oder Unterlassung als Rechtsobject oder als Rechtsverletzung, so liege der Form nach, aber nicht in Wirklichkeit ein bedingtes Verhältniß vor.

Werde, wie z. B. bei der Conventionalstrafe, eine obligatorische Leistung (Rechtsobject) dergestalt erwartet, daß, wenn diese unterbleibe (Rechtsverletzung), eine andere Leistung geschuldet werden solle, so könne der Anspruch auf diese andere Leistung nicht als ein bedingter, das Unterbleiben der ersten Leistung nicht als wirkliche Bedingung angesehen werden.

Die Eigenschaft der Unterlassung der geschuldeten Leistung als einer Rechtsverletzung schließe die zum Begriffe einer ächten Bedingung schlechterdings erforderliche Möglichkeit, das Ereigniß als coordinirten Rechtsfactor in demselben Rechtsverhältniß zu denken, gradezu aus. Die Vornahme der geschuldeten Leistung tilge, vernichte das Recht auf dieselbe, ein Recht, das durch die in dem Unterlassen der Leistung liegende Rechtsverletzung gestört werde. Diese Rechtsverletzung könne aber kein neues Recht erzeugen.

Dazu komme noch, daß im Fall wirklicher Bedingungen diese nicht selbst das Ziel des Rechtsverhältnisses seien. Keines der Subjecte habe eine Pflicht gegen das andere, für

oder gegen den Eintritt der Bedingung thätig zu werden. Es könne in dieſer Beziehung höchſtens von einem Wunſche oder einer Hoffnung des Eintritts oder Nichteintritts die Rede ſein.

Dies treffe nicht zu, wenn eine geſchuldete Leiſtung äußerlich als ein bedingendes Ereigniß geſetzt ſei. Hier könne die Effectuirung der Leiſtung vom Gläubiger mit Recht gefordert werden; zu dieſem Ende habe er eine Willensherrſchaft über den Schuldner, und wenn der Schuldner nicht leiſte, ſo begehe er eine Rechtsverletzung, die er, derſelben einheitlichen Willensherrſchaft des Gläubigers gehorchend, mit einer Erſatzleiſtung ſühnen müſſe.

Es wird jetzt zu zeigen ſein, daß auf Conventionalſtrafobligationen und die Lex commissoria auch in den Quellen die Theorie wirklicher Bedingungen nicht angewandt iſt.

Die beiden anderen oben aufgezählten Fälle ſind in den Quellen nicht berückſichtigt. Ich werde ſie hier auch nicht beſonders mehr beſprechen, da, wenn bewieſen iſt, daß bei der Lex commissoria und den Conventionalſtrafobligationen von eigentlichen Bedingungen keine Rede ſein kann, dies nothwendig auch von den beiden andern Fällen gilt. Dann kann aber auch die rechtliche Beurtheilung derſelben und die Vertheilung der Beweislaſt keine beſondere Schwierigkeit mehr machen.

b. Die Conventionalſtrafe.

Hat die Conventionalſtrafe den Zweck, die Vornahme einer Leiſtung ſicherer zu ſtellen, als dies ohnehin ſchon der Fall iſt, ſo kommt, was den Begriff dieſer Strafe ſelbſt betrifft, an ſich darauf nichts an, ob die zu ſichernde Leiſtung, ſei es eine Handlung oder Unterlaſſung, für den, welchem ſie durch die verabredete Strafe geſichert werden ſoll, einen Vermögenswerth hat oder nicht.

Die hierdurch begründete Verſchiedenheit der durch die Strafe zu ſichernden Leiſtung iſt aber für die nachfolgende Darſtellung bedeutungsvoll.

Denn wenn die zu ſichernde Leiſtung für den, welchem das Strafverſprechen abgelegt iſt, einen Vermögenswerth nicht hat,

nicht weiter auffallen. Da sie einmal eine geringere Berechtigung im Rechtssysteme haben, indem sie ein entschiedenes Merkmal obligatorischer Verhältnisse mehr oder weniger verleugnen, und da an ihnen überhaupt manche Eigenthümlichkeiten und Abweichungen wahrzunehmen seien, so müsse man zu dem Resultate kommen, daß die mit diesen Verhältnissen dargebotene Bereicherung des Rechtsstoffes in mancher Beziehung überhaupt eine bedenkliche sei, und daß das römische Recht aus triftigen Gründen die Grundsätze von den eigentlichen Bedingungen, soweit sie passen, aber nur analog auf sie anwende.

3) Die Anwendbarkeit dieser Analogie setze nun aber voraus, daß die oben angegebenen wesentlichen Merkmale wirklich bedingter Verhältnisse vorhanden seien, namentlich, daß diejenige Handlung oder Unterlassung des eventuell Verpflichteten, welche die Function eines Mitfactors des Rechtsverhältnisses haben solle, weder auf der einen Seite als Rechtsobject, noch auf der andern (Kehrseite) als Rechtsverletzung erscheine.

Erscheine die fragliche Handlung oder Unterlassung als Rechtsobject oder als Rechtsverletzung, so liege der Form nach, aber nicht in Wirklichkeit ein bedingtes Verhältniß vor.

Werde, wie z. B. bei der Conventionalstrafe, eine obligatorische Leistung (Rechtsobject) dergestalt erwartet, daß, wenn diese unterbleibe (Rechtsverletzung), eine andere Leistung geschuldet werden solle, so könne der Anspruch auf diese andere Leistung nicht als ein bedingter, das Unterbleiben der ersten Leistung nicht als wirkliche Bedingung angesehen werden.

Die Eigenschaft der Unterlassung der geschuldeten Leistung als einer Rechtsverletzung schließe die zum Begriffe einer ächten Bedingung schlechterdings erforderliche Möglichkeit, das Ereigniß als coordinirten Rechtsfactor in demselben Rechtsverhältniß zu denken, gradezu aus. Die Vornahme der geschuldeten Leistung tilge, vernichte das Recht auf dieselbe, ein Recht, das durch die in dem Unterlassen der Leistung liegende Rechtsverletzung gestört werde. Diese Rechtsverletzung könne aber kein neues Recht erzeugen.

Dazu komme noch, daß im Fall wirklicher Bedingungen diese nicht selbst das Ziel des Rechtsverhältnisses seien. Keines der Subjecte habe eine Pflicht gegen das andere, für

oder gegen den Eintritt der Bedingung thätig zu werden. Es könne in dieser Beziehung höchstens von einem Wunsche oder einer Hoffnung des Eintritts oder Nichteintritts die Rede sein.

Dies treffe nicht zu, wenn eine geschuldete Leistung äußerlich als ein bedingendes Ereigniß gesetzt sei. Hier könne die Effectuirung der Leistung vom Gläubiger mit Recht gefordert werden; zu diesem Ende habe er eine Willensherrschaft über den Schuldner, und wenn der Schuldner nicht leiste, so begehe er eine Rechtsverletzung, die er, derselben einheitlichen Willensherrschaft des Gläubigers gehorchend, mit einer Ersatzleistung sühnen müsse.

Es wird jetzt zu zeigen sein, daß auf Conventionalstrafobligationen und die Lex commissoria auch in den Quellen die Theorie wirklicher Bedingungen nicht angewandt ist.

Die beiden anderen oben aufgezählten Fälle sind in den Quellen nicht berücksichtigt. Ich werde sie hier auch nicht besonders mehr besprechen, da, wenn bewiesen ist, daß bei der Lex commissoria und den Conventionalstrafobligationen von eigentlichen Bedingungen keine Rede sein kann, dies nothwendig auch von den beiden andern Fällen gilt. Dann kann aber auch die rechtliche Beurtheilung derselben und die Vertheilung der Beweislast keine besondere Schwierigkeit mehr machen.

b. Die Conventionalstrafe.

Hat die Conventionalstrafe den Zweck, die Vornahme einer Leistung sicherer zu stellen, als dies ohnehin schon der Fall ist, so kommt, was den Begriff dieser Strafe selbst betrifft, an sich darauf nichts an, ob die zu sichernde Leistung, sei es eine Handlung oder Unterlassung, für den, welchem sie durch die verabredete Strafe gesichert werden soll, einen Vermögenswerth hat oder nicht.

Die hierdurch begründete Verschiedenheit der durch die Strafe zu sichernden Leistung ist aber für die nachfolgende Darstellung bedeutungsvoll.

Denn wenn die zu sichernde Leistung für den, welchem das Strafversprechen abgelegt ist, einen Vermögenswerth nicht hat,

wenn sie also selbst nicht Gegenstand einer Obligation sein kann, so ist, darüber kann ein Zweifel nicht obwalten, das Strafversprechen ein rein bedingter Act, die Nichtvornahme der Leistung, deren Vornahme gesichert werden soll, eine wirkliche Bedingung. Denn die Leistung selbst ist nicht Object einer Obligation wegen mangelnden Vermögensinteresses, und darum fällt auch die Nichtvornahme der Leistung nicht unter den Gesichtspunct einer Rechtsverletzung.

Will daher derjenige, dem ein solches Versprechen abgelegt ist, auf die versprochene Strafe klagen, so muß er unzweifelhaft auch die Thatsache beweisen, daß die Leistung, deren Vornahme durch die Strafe gesichert werden sollte, nicht erfolgt ist.

Dieser Fall wird im Folgenden nicht weiter mehr berücksichtigt werden.

Hier interessirt nur der Fall, daß die zu sichernde Leistung für den, welcher die poena sich hat versprechen lassen, einen Vermögenswerth hat.

Die stipulatio poenae kann nun in einer mehrfachen Gestalt vorkommen. Jede mögliche Gestaltung wird jetzt besonders zu betrachten sein.

1. Einfache stipulatio poenae für den Fall, daß eine Leistung nicht erfolgt.

Ueber die Bedeutung derselben spricht sich Paulus in L. 44. §. 5. D. de O. et A. 44. 7. folgendermaßen aus:

„Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.“

Die hier besprochene Stipulation ist auf dare centum gerichtet, und wenn nun gesagt wird, daß „fundus in exsolutione“ sei, so soll und kann damit nichts anders gesagt sein, als daß durch die erfolgte datio fundi die auf centum dare oportere gerichtete Obligation getilgt wird.

Das, was dem äußern Scheine nach als Deficienz der Bedingung, wenn man eine solche annehmen will, zu betrachten ist, nämlich die erfolgte datio fundi, ist also Tilgungsmittel einer schon vorhandenen Obligation, und demnach kann auch das, was auf den ersten Blick als Bedingung erscheint, in Wirklichkeit eine Bedingung im technischen Sinne nicht sein. Wäre sie dies wirk-

lich, so müßte, damit die Obligation entstände, erst feststehen, daß die datio fundi nicht erfolgt ist — Eintritt der Bedingung —.

Die datio fundi zeigt sich also hier als ein — gewillkührtes — Erfüllungsmittel einer auf dare oportere centum gerichteten Obligation, und sehen wir ab von der Form der Stipulation und den dadurch hervorgerufenen Eigenthümlichkeiten, so stellt sich besonders für das heutige Recht als das Wesen einer derartigen Vereinbarung Folgendes heraus: die Parteien wollen zunächst das dare fundum, dazu soll der Schuldner verpflichtet werden. Dadurch soll aber dem Gläubiger ein Vermögenswerth verschafft werden, und dieser, als das Aequivalent für die nicht erfolgte datio fundi, wird gleich bei Uebernahme der Verbindlichkeit festgestellt.

Dieses von vornherein verabredete Aequivalent ist in obligatione, das dare fundum aber in solutione — ein Verhältniß zweier Leistungen zu einander, wie es schon früher bei Gelegenheit der Erörterung der Beweislast bei Klagen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation dargestellt worden ist, worauf ich hier verweise.

Ist nun das Recht auf dare centum sofort mit dem Act der Stipulation und zwar wie jedes persönliche Recht, sofort als ein klagbares, als Klagrecht entstanden, und hat auf der andern Seite der Schuldner die Befugniß, sich durch Leistung des in exsolutione befindlichen fundus zu befreien, eine Befugniß, die ihm bis zu dem entweder verabredeten, oder anderweit aus dem in Frage stehenden Verhältniß sich ergebenden Momente zusteht, so kann zwar der Stipulator sofort klagen, aber nicht durchdringen, wenn er vor dem Momente klagt, bis zu welchem dem Schuldner die gedachte Befugniß zusteht, weil diese Befugniß vom Schuldner in Gestalt einer exceptio doli geltend gemacht werden kann — „Dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest“ — [45]). Es ist dies dasselbe Recht, welches der Beklagte gegenüber einer Klage auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation hat, wenn ihm noch die Befugniß zur Vornahme der principalen Leistung zusteht.

---

[45]) Vgl. L. 2. §. 4. D. de doli et met. exc. 44. 4.

Gerber hat daher Unrecht, wenn er (S. 86) meint, daß im vorliegenden Falle „die Nativität der Klage — actio ex stipulatu — dann eintrete, sobald der Schuldner in der Lage sei, das ursprünglich beabsichtigte Object leisten zu können, oder falls ein Termin zur Solutio bestimmt sei, sobald dieser Termin abgelaufen sei". Diese Ansicht Gerber's ist die Consequenz der andern, daß zur Entstehung eines Klagrechts überhaupt eine Verletzung des demselben zu Grunde liegenden Rechtes gehöre.

Ueber den Moment, von wo an auf die Strafe geklagt werden kann, spricht sich Paulus, von dem die bis jetzt besprochene Stelle herrührt, ebenfalls aus, und zwar in L. 8. D. de V. O. 45. 1:

> „In illa stipulatione: Si Kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes? mortuo homine quaeritur, an statim ante Kalendas agi possit? Sabinus et Proculus exspectandum diem actori putant; quod est verius; tota enim obligatio sub conditione et in diem collata est, et licet ad conditionem committi videatur, dies tamen superest".

Der in dieser Stelle besprochene Fall unterscheidet sich von dem andern, welchen Paulus in der oben abgedruckten Stelle behandelt, nur darin, daß in diesem, dem Falle der Lex 8, der Promissor bis zu einem bestimmt festgesetzten Momente berechtigt ist, durch datio Stichi — Gegenstand in exsolutione — den Anspruch auf Leistung der poena — Gegenstand in stipulatione s. obligatione — zu tilgen. Diese Befugniß kann erst als weggefallen betrachtet werden mit dem Eintritt des festgesetzten Momentes. An sich freilich ist die Möglichkeit der datio Stichi schon durch den Tod desselben vor Eintritt dieses Momentes weggefallen, aber dennoch würde erst dieser Moment abgewartet werden müssen, weil die poena jedenfalls erst nach diesem Momente gezahlt werden soll. Dieser Moment würde also zugleich auch als ein dies adjectus angesehen werden müssen.

Nimmt man nun nach Maßgabe der von Paulus in L. 44. §. 5. cit. gegebenen Entscheidung an, daß das Nichterfolgen der datio Stichi nicht als eine (technische) Bedingung des Anspruchs auf die Strafe angesehen werden kann, und nimmt man ferner an, was früher zu zeigen versucht worden ist, daß die diei ad-

jectio nicht die Entstehung eines klagbaren Rechtes hindere, so muß auch angenommen werden, daß in dem vorliegenden Falle die Obligation auf decem dare oportere sofort mit dem Act der Stipulation als eine klagbare entstanden ist. Wenn nun Sabinus und Proculus, denen Paulus beipflichtet, meinen, der Kläger müsse den Eintritt des dies abwarten, so kann damit nach dem Bisherigen gewiß nicht gesagt sein, daß ein Klagrecht des Stipulator erst mit dem Ablaufe des festgesetzten Momentes entstehe, sondern nur soviel, daß vor diesem Momente mit Erfolg nicht geklagt werden könne, weil der Beklagte sich zunächst auf die noch zu erwartende datio Stichi, und wenn diese durch den Tod desselben unmöglich geworden ist, auf den erst noch abzuwartenden dies excipiendo berufen könne.

In dieser Lex 8. spricht Paulus mit Beziehung auf die von ihm erörterte stipulatio poenae von einer „obligatio sub conditione —“, von „ad conditionem committi“, gebraucht also Ausdrücke, aus denen man schließen könnte, daß er etwa die besprochene stipulatio poenae für eine wirklich bedingte hielte. Allein will man der von ihm in L. 44. §. 5. cit. gegebenen Entscheidung einiges Gewicht beilegen, was man unzweifelhaft muß, so kann der Ausdruck „conditio,“ wie er in der L. 8. von ihm gebraucht ist, als im technischen Sinne gebraucht gewiß nicht angesehen werden.

2. Stipulation einer bestimmten Leistung, und eventuell, nämlich für den Fall der Nichtvornahme jener, einer Strafe.

Paulus stellt diesen Fall als einen besondern der eben erörterten und von ihm in L. 44. §. 5. cit. besprochenen Stipulation gegenüber, indem er fortfahrend im §. 6. derselben Lex sagt:

„Sed si navem fieri stipulatus sim, et si non feceris, centum; videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et exsistens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est.“

Paulus nimmt hier zwei Stipulationen an. Am einfachsten war es nun, das zwischen beiden bestehende Verhältniß so aufzufassen, als ob die Entstehung einer Obligation aus der zweiten Stipulation bedingt sei durch Nichterfüllung der durch die erste

Stipulation begründeten Obligation. Allein bei dieser Annahme mußte sich von selbst die Frage aufdrängen, welches fernere Schicksal die durch die erste Stipulation begründete Obligation nach dem Eintritt der zweiten Obligation haben sollte. Sollte sie neben dieser als forteristirend angesehen werden, so mußte der Gläubiger auch fernerhin berechtigt sein, ihre Erfüllung zu verlangen, und dies mußte auf den ersten Blick als in Widerspruch stehend mit dem Willen der Contrahenten erscheinen, die doch die verabredete Summe Geldes nur als ein Aequivalent der unterbliebenen Leistung aus der ersten Obligation betrachtet wissen wollten. Auf der andern Seite war es auch nicht wohl möglich, mit dem Eintritt der Bedingung der zweiten Stipulation die erste Obligation als von selbst untergegangen zu betrachten, da ein solcher Aufhebungsgrund von Obligationen im Recht nirgends anerkannt ist.

Darum muß auch die vorhin als möglich hingestellte Annahme als vollständig unberechtigt und unzulässig erscheinen, und wenn sie auch von Paulus nicht getheilt ist, so darf man wohl nicht ohne Grund annehmen, daß er von gleichen oder ähnlichen Erwägungen geleitet worden ist.

Paulus ist nun auf ein anderes Auskunftsmittel gekommen, das freilich auch als ein richtiges nicht anerkannt werden kann. Er betrachtet nämlich die erste Obligation als „quasi novatione“ aufgehoben und in die neue Obligation übergegangen, eine Annahme, die schon an dem jedenfalls dunkeln Begriffe einer „quasi novatio“ scheitern muß. Was eine „novatio“ ist, darüber geben die Quellen hinlänglich Aufschluß. Ueber eine „quasi novatio“ geben sie aber eine Belehrung nicht, und aus dem Ausdrucke selbst geht nur soviel hervor, daß er eine wirkliche, technische novatio nicht bezeichnet, daß er also etwas bezeichnet, was wenigstens keine novatio ist.

Es ist nun aber auch eine andere und, wie sich weiter zeigen wird, gerechtfertigte Annahme über das Verhältniß der beiden Stipulationen zu einander von Papinian in L. 115. §. 2. D. de V. O. aufgestellt worden.

Bevor ich jedoch zur Darstellung dieser Ansicht Papinians übergehe, will ich zuvor noch einige ähnliche und hier einschlagende Verhältnisse betrachten, in denen Paulus ebenfalls von den Ansichten der übrigen Juristen abweichende Ansichten aufgestellt hat.

Diese vorgängige Erörterung wird theilweise auch das Verständniß der L. 115 erleichtern und zugleich mit zur Rechtfertigung der später darzustellenden Ansicht Papinians beitragen.

Der aufgestellten Verschiedenheit der Stipulationen entspricht nämlich eine Verschiedenheit in der Anordnung eines Legats. Es entspricht nämlich

1. der Stipulation: „si fundum non dederis, centum dare spondes?“
   das Legat: „si (heres) penum non dederit, decem dato.“
2. der Stipulation: „navem fieri, et si non fecerit, centum.“
   das Legat: „heres Sejo penum dato, si non dederit, decem.“

Ueber die Bedeutung dieser Legatsformen spricht Paulus in L. 1. §. 8. D. ad leg. Falcid. 35. 2. und L. 24. D. quando dies leg. 36. 2. Ich will die Stellen hier in Kürze erörtern.

a. L. 1. §. 8.

Paulus erörtert hier zunächst die Bedeutung des Legats: „Heres meus Sejo penum dato; si non dederit, decem dato.“

Er sagt darüber: „quidam putant, omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi, nec in Falcidiam imputare id heredem posse.“

Nach der Ansicht dieser „quidam“ hätte der durch diese Legatsform erzeugte Anspruch ganz dieselbe Natur, welche Paulus in L. 44. §. 5. D. de O. et A. dem durch die Stipulation: si fundum non dederis, centum dare spondes? erzeugten Anspruche zuerkennt. Es wäre also nur ein einziger Legatsanspruch dadurch entstanden, welcher, von vornherein gerichtet auf dare oportere decem — Gegenstand in obligatione —, durch die von Seite der Erben erfolgende datio penus — Gegenstand in exsolutione — getilgt würde.

Diese Auffassung der „quidam“ wird aber von Paulus nicht getheilt, indem er weiter sagt:

„Ego autem didici, si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse, et in legem Falcidiam imputari posse. Et quod dixi in continenti, id accipien-

dum cum aliquo spatio. Quod si jam mora facta heres solverit penum, tum nec legatum eum accepisse nec in Falcidiam imputari posse; jam enim transfusum legatum esse et decem deberi."

Paulus unterscheidet also zwei Fälle, je nachdem das dare penum in continenti, d. h. ohne Verzug erfolge, oder nach einigem Verzuge, mora facta.

Im ersten Fall soll penus als legirt zu betrachten sein. Der Anspruch auf zehn soll nicht mehr entstehen, weil die Bedingung deficirt sei.

Im zweiten Falle sollen nur decem als legirt zu betrachten sein, weil mit Eintritt des Verzuges in der datio penus bereits eine transfusio legati eingetreten sei.

Diese Auffassung vertheidigt Paulus auch in der Lex 24. D. 36. 2. Es wird daher zweckmäßiger sein, bei Darstellung dieser Stelle näher auf die Möglichkeit dieser Auffassung einzugehen.

Ich will hier nur noch anführen, daß Paulus am Schluß der hier besprochenen L. 1. §. 8. mit Beziehung auf das Legat: „si (heres) penum non dederit, decem dato." sagt: „— hic penus non est legata, et penus, si datur, mortis causa capitur". Hier theilt er auch dieselbe Auffassung, welche nach seiner Angabe bei „quidam" bezüglich der andern Legatsform herrscht, und welche der Auffassung entspricht, die er in L. 44. §. 5. D. 44. 7. von der Stipul.: „si fundum non dederis, centum dare spondes?" ausgesprochen hat.

Ich wende mich jetzt zur zweiten Stelle.

b. L. 24. D. 36. 2.

Ich bemerke vorweg, daß Paulus im §. 1. dieser Stelle in Beziehung auf die zuletzt besprochene Legatsform ganz dasselbe sagt, was er in der L. 1. §. 8. sagt:

„Plane si sic legatum sit: si penum non dederit, decem dato, dicimus, non esse penum legatam."

Von der andern Legatsform handelt er im Principium, indem er sagt:

„Si penum heres dare damnatus sit vel fundum, et si non dedisset, decem, ego accepi, et penum legatam, et translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare, et tunc pecuniam deberi, quum in-

terpellatus fundum non dedisset, et si interea decesserit legatarius, tunc heredi ejus non nisi fundum deberi. Namque cum dictum est: at Publicius fundum dato, perfectum est legatum; et cum dicit: si non dederit, centum dato, sub conditione fundi legatum ademtum videri eo casu, quo centum deberi coeperint; quorum quia conditio legatario non exstiterit, forte quia interpellatus heres non sit, evenerit; ut ademtio nihil egerit, fundique legatum duraverit."

Paulus vertheidigt seine besondere Ansicht (ego accepi), die er schon in L. 1. §. 8. aufgestellt hat. Wie hier, so unterscheidet er auch in der vorliegenden Stelle die zwei Fälle, daß der Erbe freiwillig, in continenti leistet, oder im Verzuge sich befindet.

Die Schwäche der Ansicht des Paulus tritt in dieser Unterscheidung und besonders in der Begründung der Entscheidung des zweiten Falles hervor.

Hier soll nämlich die Nichtleistung des zuerst legirten Gegenstandes eine Suspensivbedingung für die Entstehung des Anspruchs auf Leistung des Geldes, eine Resolutivbedingung für das erste pure hinterlassene Legat sein. Und die in dieser Weise bewirkte Umwandlung des Legats soll ein Fall der translatio legati sein, wie er denn diesen Fall auch als einen besondern Translationsfall aufzählt in L. 6. pr. D. de adim. et transf. leg. 34. 4.: „— quod pure datum est, transfertur sub conditione."—

Ich will nun zunächst einmal zugeben, daß die Nichtleistung des zuerst legirten Gegenstandes eine Suspensivbedingung sei für die Entstehung des zweiten Legatsanspruchs, des Anspruchs nämlich auf dare pecuniam.

Dann muß ich aber doch bestreiten, daß sie eine Resolutivbedingung für das erste pure hinterlassene Legat ist. Erzeugt nämlich das erste Legat den Anspruch auf dare fundum oder penum, so ist auf der anderen Seite auch der Erbe als Schuldner zum dare fundum oder penum verpflichtet. Und kommt nun der Schuldner dieser Verpflichtung nach, so ist damit der Anspruch, die Obligation vernichtet. Kommt er ihr nicht nach, so ist demnach der Anspruch nicht vernichtet, die Obligation besteht also fort, da die durch nichts gerechtfertigte Unterlassung

der schuldigen Leistung nirgends im Recht als ein Umstand anerkannt ist, der geeignet wäre, den Anspruch auf Vornahme der (unterbliebenen) Leistung zu vernichten.

Dazu kommt, daß das durch nichts gerechtfertigte Unterlassen der geschuldeten Leistung eine Verletzung des Rechts auf Vornahme dieser Leistung ist, und diese Rechtsverletzung sollte geeignet sein, das Recht, wogegen sie gerichtet ist, zu vernichten, zu resolviren, und zwar, da die eingetretene Resolutivbedingung rückwärts, mit rückwirkender Kraft resolvirt, in der Weise zu vernichten, daß es so angesehen werden müßte, als ob dies Recht niemals existirt hätte!

Das wird wohl Niemand behaupten wollen, und auch Paulus hat an diese Consequenzen gewiß nicht gedacht, sonst würde er das in Frage stehende Verhältniß wohl nicht so, wie er gethan, construirt haben. Denn die Möglichkeit der Annahme einer Translation setzt nothwendig voraus, daß die Suspensivbedingung des zweiten Legats zugleich das erste resolvire. Da dies aber nach dem Gesagten nicht möglich ist, so fällt damit eine wesentliche Grundlage der Annahme einer Translation, und damit wird diese, die Translation selbst unmöglich.

Gegen die Ansicht des Paulus spricht aber noch Folgendes.

Paulus anerkennt, daß bei einem Legat wie dem vorliegenden der Wille des Erblassers dahin gehe, daß, wenn der onerirte Erbe den zuerst genannten Gegenstand nicht freiwillig leiste, der honorirte Legatar nicht hierauf, sondern auf die im Voraus vom Erblasser bestimmte Geldsumme klagen solle.

Diesem richtig erkannten Willen des Erblassers will er dadurch Rechnung tragen, daß er im Fall freiwilliger und pünctlicher Leistung des ersten Gegenstandes diesen, im Fall verzögerter Leistung jedoch den vom Erblasser festgesetzten Geldwerth als legirt ansieht, so daß nur hierauf, falls eine Klage nöthig werde, geklagt werden könne.

Allein dieser Construction steht ein wichtiges Bedenken im Wege.

Denn Paulus sieht doch das (erste) legatum penus oder fundi als ein unbedingtes, legatum purum, an, so daß also daraus für den Legatar ein wirkliches, concretes Recht auf dare

fundum oder penum entstanden ist. Ist nun jedes Recht ein klageweise geltend zu machendes, ein Klagrecht, falls es nicht jure singulari als ein klagloses anerkannt ist, warum soll denn nicht auch hier der Legatar ein klagbares Recht, ein Klagrecht auf dare penum oder fundum haben? Und warum soll er dies Klagrecht nicht grade dann mit Erfolg gebrauchen können, wenn der Beklagte die schuldige Leistung rechtswidrig verzögert, oder rechtswidrig unterläßt, zumal da diese Rechtsverletzung auch nicht als eine Resolutivbedingung aufgefaßt werden kann, welche das vorhandene Recht etwa mit rückwirkender Kraft zerstören könnte?

Diese mit Recht aufzuwerfenden Fragen sind von Paulus nicht beantwortet, und erledigen sich auch nicht durch die von ihm versuchte Construction des in Frage stehenden Verhältnisses.

Will man daher auch den auf den Geldwerth gerichteten Legatsanspruch als einen suspensivbedingten ansehen, was ich einen Augenblick, wie schon bemerkt, zugebe, so muß doch nach dem vorhin Bemerkten, auch wenn diese Bedingung eingetreten und damit der zweite Anspruch entstanden ist, dem Legatar auch noch der erste Anspruch zustehen, da er als aufgehoben nicht angesehen werden kann, und zwar als ein klagbarer, da für die Annahme eines klaglosen Rechts — einer Naturalobligation — auch kein Grund vorliegt.

Ist es nun richtig, woran nicht gezweifelt werden kann, daß bei einer Disposition, wie der in Frage stehenden, der Wille des Erblassers dahin geht, daß dem Legatar die von ihm bestimmte Sache geleistet, und im Fall der nicht freiwilligen oder verzögerten Leistung ein von dem Erblasser im Voraus bestimmter Geldwerth gezahlt werden solle, und daß nur auf diesen solle geklagt werden können, und kann diesem Willen des Erblassers in der von Paulus versuchten Construction des durch jene Disposition begründeten Rechtsverhältnisses Rechnung nicht getragen werden, so drängt sich jetzt die Frage auf, ob nicht etwa die von Paulus in L. 1. §. 8. D. ad leg. Falc. referirte, von ihm aber nicht angenommene Ansicht anderer Juristen eine bessere, juristisch zu rechtfertigende Construction des durch jene Legatsdisposition zwischen dem onerirten Erben und honorirten Legatar erzeugten Rechtsverhältnisses an die Hand giebt? Diese Frage muß ent-

schieden bejaht werden, wenn man bedenkt, daß eine Wahl nur zwischen der Auffassung des Paulus und der von ihm verworfenen gegeben ist, und daß die von Paulus nicht angenommene Ansicht den Vorzug der Einfachheit, Natürlichkeit und Consequenz für sich hat.

Ich habe diese von Paulus in L. 1. §. 8. ad leg. Falc. referirte, von ihm nicht angenommene Ansicht schon früher bei Erörterung dieser Lex selbst mitgetheilt und besprochen. Ich will hier nur noch einmal kurz hervorheben:

1. daß die Disposition: „Heres meus Sejo penum dato; si non dederit, decem dato.“ grade so und nicht anders zu beurtheilen ist, als die Disposition: „Si penum non dederit, decem dato,“

2. daß in beiden Fällen der festgesetzte Geldwerth als legirt zu betrachten ist,

3. daß die Entstehung dieses Legatsanspruchs nicht etwa suspensiv bedingt ist durch die nicht erfolgte datio penus, ebensowenig wie die in L. 44. §. 5. D. 44. 7. erwähnte Stipulation: si fundum non dederis, centum dare spondes? suspensiv bedingt ist durch die nicht erfolgte datio fundi, und endlich

4. daß wie bei dieser Stipulation die erfolgte datio fundi als eine exsolutio, d. h. als ein Tilgungsmittel des aus der (unbedingten) Stipulation entstandenen Anspruchs erscheint, so auch im vorliegenden Legatsfalle die datio penus als ein Tilgungsmittel, exsolutio, des (nicht aus einer suspensivbedingten Disposition) entstandenen Legatsanspruches auf decem zu betrachten ist.

Ich kehre jetzt wieder zu der früher schon besprochenen, von Paulus in L. 44. §. 6. D. 44. 7. erörterten Stipul.: „navem fieri, et si non fecerit, centum“ zurück. Die von Paulus versuchte Construction des durch diese Stipulation begründeten Rechtsverhältnisses ist schon früher als mißlungen bezeichnet und, wie ich glaube, nachgewiesen worden.

Es ist nun gezeigt worden die gleiche Behandlung der Stipul.: „si fundum non dederis, centum dare spondes?“ mit dem Legat: „si (heres) penum non dederit, decem dato.“

Es ist ferner gegenüber der abweichenden unbegründeten An-

ſicht des Paulus gezeigt worden, daß, wie dies Legat, ſo auch und nicht anders das andere: „heres Sejo penum dato, si non dederit, decem“ zu beurtheilen iſt.

Schon hierdurch dürfte die Annahme berechtigt ſein, daß die Stipul.: „navem fieri, et si non fecerit, centum,“ grade ſo zu beurtheilen ſei, wie die obige Stipul.: „si fundun non dederis, centum dare spondes?“, daß alſo die Stipulation nur eine einzige auf dare oportere centum — Gegenſtand in obligatione — gerichtete Obligation erzeuge, die aber durch Vornahme des facere navem — Gegenſtand in exsolutione — getilgt werde, daß alſo das facere navem ein ſubſtituirtes Erfüllungsmittel ſei, worauf ſelbſt nicht geklagt werden könne.

Dieſe Annahme erſcheint ohne Zweifel gerechtfertigter als die von Paulus in L. 44. §. 6. D. 44. 7. verſuchte Conſtruction des durch die Stipulation begründeten Rechtsverhältniſſes.

Sie findet aber auch eine Beſtätigung durch Papinian in L. 115. §. 2. D. de V. O.

Papinian ſpricht im Anfang dieſer Stelle und im §. 1. von wirklichen Bedingungen und behandelt insbeſondere die Frage des Eintritts der Bedingung bei der Stipulation: „si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dare spondes?“ und betrachtet dieſe Bedingung dann als eingetreten, „quum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse.“ Sodann fährt er im §. 2. folgendermaßen fort:

„Item si quis ita stipuletur: „Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?“

Pegasus respondit: non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari.

Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret; idque defendebat exemplo penus legatae.

Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam.

Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coepit, veluti: „Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“ sed ita concepta sit stipulatio: „Pamphilum dare spondes? si non dederis, tantum dari spondes?“ quod sine dubio verum est, quam id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.

Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.“

Pegasus hat ohne Zweifel die Stipulation: „si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?“ als eine wirklich bedingte aufgefaßt; wenigstens dürfte dies hervorgehen aus der Entscheidung über den Eintritt der Bedingung, die ganz dieselbe ist, wie sie Papinian im §. 1. über den Eintritt der (wirklichen) Bedingung giebt: „si in Capitolium non ascenderis,“ und „si Alexandriam non ieris.“

Sabinus faßt die Sache anders auf. Er legt mehr Gewicht auf den Willen der Contrahenten. Daraus und aus dem angezogenen Beispiel der penus legata darf man wohl schließen, daß er über jene Stipulation derselben Ansicht ist, welche Paulus in L. 44. §. 5. de O. et. A. aufgestellt hat, daß nämlich die Stipulation gerichtet ist auf dare oportere centum — Gegenstand in obligatione —, und daß das dare Pamphilum blos ein Tilgungsmittel für diese Obligation sein soll.

Ist diese Annahme, wie ich glaube, berechtigt, so können die Worte: „confestim agendum, postquam homo potuit dari,“ und „tamdiu ex stipulatione non posse agi, quam diu per promissorem non stetit, quominus hominem daret,“ nichts anders bedeuten, als: der Stipulator kann von dem Momente an auf die stipulirte Summe Geldes mit Erfolg klagen, von wo an der Promissor den Sclaven leisten konnte, aber dennoch nicht leistete, so daß es also nur an ihm lag, daß nicht geleistet wurde.

Bis zu diesem Momente würde also die nach dem früher Gesagten schon mit dem Acte der Stipulation sofort und unbedingt entstandene actio ex stipulatu mit Erfolg nicht angestellt werden

können, weil der Schuldner bis dahin ſich excipiendo auf die noch zu erwartende datio Stichi würde berufen können.

Die Anſicht des Sabinus will nun Papinian gelten laſſen nicht für die Stipulation: „Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“ ſondern für die Doppelſtipulation: „Pamphilum dare spondes? si non dederis, tantum dare spondes?“ und zwar nicht blos dann, wenn die Abſicht der Parteien dahin geht, daß für den Fall des Verzuges der datio Pamphili ſowohl dieſer als auch die ſtipulirte Summe Geldes (als gewillführtes Aequivalent der unterbliebenen Rechtzeitigkeit der datio Pamphili) geſchuldet werde, ſondern auch dann, wenn die Abſicht die iſt, daß für den Fall der unterbliebenen datio Pomphili blos die ſtipulirte Summe Geldes (als ein gewillführtes Aequivalent für die unterbliebene datio Pamphili überhaupt) geſchuldet werden ſoll. Wenn nun Papinian mit Beziehung auf dieſen letztern Fall ſagt: „— fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur“, ſo anerkennt er damit, was ich ſchon oben geſagt habe, daß nämlich aus dieſer ſcheinbar zweifachen Stipulation nur ein einziger klagbarer Anſpruch auf dare pecuniam promissam hervorgeht, und daß die datio Pamphili, deren Unterbleiben äußerlich als die Bedingung dieſes auf dare pecuniam gerichteten Anſpruches erſcheint, in Wirklichkeit nur ein dem promissor pecuniae geſtattetes Mittel zur Tilgung dieſes Anſpruchs iſt. Auf das dare Pamphilum ſelbſt kann vom Stipulator nicht geklagt werden, da dies nur Gegenſtand in solutione iſt, während als Gegenſtand in obligatione die ſtipulirte Summe Geldes zu betrachten iſt — alſo ganz daſſelbe Rechtsverhältniß, welches nach dem früher Geſagten durch die Stipulation: „Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?“ begründet wird.

Papinian will nun die Anſicht des Sabinus nicht annehmen für den Fall einer stipulatio a conditione incipiens: „Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“ Er billigt damit alſo die von ihm referirte Anſicht des Pegaſus. Muß man nun annehmen, was ich ſchon vorhin ſagte, daß Pegaſus dieſe Stipulation als eine wirklich bedingte auffaßt, ſo iſt dies demnach auch die Anſicht des Papinian, und daß dies ſeine Anſicht iſt, dürfte auch daraus hervorgehen, daß er

dieſen Fall beſpricht in unmittelbarem Anſchluß an die im §. 1. beſprochenen Fälle wirklicher Bedingungen, indem er mit dem Wörtchen „item“ dazu überleitet.“

Allein man darf wohl annehmen, daß Papinian hier durch die Faſſung dieſer Stipulation und durch die äußere Aehnlichkeit derſelben mit wirklich bedingten Stipulationen irregeleitet iſt. Jedenfalls hat ſeine Anſicht keinen andern Grund für ſich, als dieſe äußere Aehnlichkeit mit wirklich bedingten Stipulationen.

Wenn Papinian der Doppelſtipulation die Bedeutung beilegt, welche Paulus in der mehrfach erwähnten l. 44. §. 5. de O. et A. der einfachen Poenalſtipulation zuerkennt, und welche auch Sabinus anzunehmen ſcheint, diejenige Bedeutung, die nach den vorhergehenden Erörterungen auch den Legatsdispoſitionen: „si heres penum non dederit, decem dato.“ und: „heres penum dato, si non dederit, decem dato“ zu Grunde liegt, ſo darf man wohl nicht mit Unrecht die Anſicht Papinians über die einfache Pönalſtipulation als eine irrige bezeichnen.

Die Anwendung der Beweisregeln auf Klagen aus den bis jetzt beſprochenen äußerlich verſchiedenen, in Wirklichkeit aber gleich zu beurtheilenden Pönalſtipulationen ergiebt ſich jetzt von ſelbſt. Ich will nur hervorheben, daß der Beklagte Promiſſor zu behaupten und zu beweiſen hat, er habe die in solutione befindliche Leiſtung wirklich vorgenommen, weil ſie eine den Anſpruch auf dare oportere pecuniam promissam vernichtende Thatſache iſt.

Ich wende mich jetzt zur Darſtellung einer dritten möglichen Geſtaltung einer Pönalſtipulation.

3. Stipulatio poenae für den Fall, daß eine aus einer andern Obligation geſchuldete Leiſtung unterbleibt.

Das Weſen und die Bedeutung dieſer Stipulation erhellt am beſten aus L. 28. D. de act. emti 19. 1. und L. 4. §. 7. D. de doli mali ed. met. exc. 44. 4. Ich will daher dieſe Stellen hieher ſetzen, und daran meine Erörterung knüpfen.

a. L. 28. cit. von Julianus:

„Praedia mihi vendidisti, et convenit, ut aliquid facerem, quod si non fecissem, poenam promisi. Respon-

dit: venditor ante, quam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest; si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit. Si ex stipulatu poenam consecutus fuerit, ipso jure ex vendito agere non potest, nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri."

Der Fall ist dieser: ein Käufer hat als solcher die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen übernommen, und für den Fall, daß diese unterbleiben sollten, zur Zahlung einer poena sich verpflichtet. Diese poena erscheint hier, wie aus der Stelle hervorgeht, als ein im Voraus festgesetztes gewillkührtes Aequivalent (Interesse) für das etwa ausbleibende facere.

Genauer betrachtet ist also, abgesehen von der äußern Form, durch die Poenalstipulation dasselbe versprochen, was der Käufer durch die conventio, ut aliquid faceret, versprochen hat. Eins soll der Verkäufer nur erhalten: entweder soll das facere erfolgen, bezw. derjenige Vermögenswerth geleistet werden, den dies facere für den Verkäufer repräsentirt — das den gesetzlichen Vorschriften nach zu leistende Interesse —, oder es soll ihm die poena — das gewillkührte Interesse — geleistet werden.

Wäre nun der Anspruch auf die poena, also die Stipulation wirklich bedingt dadurch, daß die durch die conventio begründete Verbindlichkeit durch Vornahme des facere bezw. Leistung des stellvertretenden Interesses nicht erfüllt wird, so würde, wenn diese Verbindlichkeit erfüllt würde, weil damit eine Deficienz der Bedingung für die Stipulation eintrete, aus dieser selbst niemals ein mit einer actio ex stipulatu geltend zu machender Anspruch erwachsen können.

Nun sagt aber Julian, daß, wenn der Verkäufer mit der actio venditi erlangt habe, quantum poenae nomine stipulatus esset, d. h. das gesetzliche Interesse für das unterbliebene facere, er dennoch die actio ex stipulatu habe auf Zahlung der poena, und daß, wenn er hiemit klage, ihm eine exceptio doli im Wege stehe.

Julian anerkennt also, daß die Entstehung eines Anspruchs aus der Stipulation nicht bedingt ist durch das Nichterfülltsein der durch die conventio begründeten Verbindlichkeit, daß also der Anspruch aus der Stipulation mit dem Acte des Abschlusses der letztern entstanden ist.

Nun ſoll freilich der Verkäufer nur das Eine oder das Andere haben, und man könnte daher geneigt ſein, anzunehmen, daß die Tilgung der durch die conventio begründeten Verbindlichkeit auch den Anſpruch aus der Stipulation ipso jure vernichte. Allein dem ſteht entgegen, daß beide Anſprüche formell ſelbſtändig ſind, und daß, was für den einen als Endigungsgrund gilt, um deswillen nicht immer auch den andern Anſpruch vernichtet. Und dies gilt beſonders von einem Anſpruche, welcher auf einer Stipulation beruht.

Nun iſt aber die Stipulation eingegangen auf Grund einer anderweit ſchon beſtehenden Obligation. Der Käufer wollte an ſich nur dasjenige verſprechen, was er ohnehin ſchon ſchuldete. Da nun aber die Stipulation einen ſelbſtändigen Anſpruch erzeugt, ſo erlangt der Verkäufer, indem er dieſen Anſpruch erwirbt, eine Vermögensvermehrung, die ihre causa in der vorausgeſetzten und wirklich exiſtirenden Obligation findet, eine Vermögensvermehrung, die von dem Augenblicke an eine rechtlich grundloſe, sine causa, iſt, wo die bisher beſtandene causa, die vorausgeſetzte Obligation getilgt wird und wegfällt.

Damit erwirbt aber der Promiſſor einen mit einer Condictio sine causa geltend zu machenden Anſpruch auf Liberation von der an ſich noch zu Recht beſtehenden Stipulationsverbindlichkeit — vgl. L. 1. §. 2. D. de cond. sine causa 12. 7. —, einen Anſpruch, den er, wenn ſelbſt mit der actio ex stipulatu belangt, in Geſtalt einer exceptio doli geltend machen kann.

Indirect wird alſo in dieſer Weiſe derſelbe Erfolg herbeigeführt, wie wenn die Vernichtung des durch die conventio begründeten Anſpruchs auch den Stipulalationsanſpruch ipso jure zu vernichten geeignet wäre.

Umgekehrt wird nun durch Zahlung der poena der Stipulationsanſpruch und damit auch ipso jure der Anſpruch aus der conventio getilgt. Denn dieſe hat nicht die formale Natur und Selbſtändigkeit, welche der Stipulation zukommt, und darum muß auch die aus der conventio entſtandene Obligation als ipso jure vernichtet betrachtet werden, wenn für den Verkäufer durch Leiſtung der Strafe das vermögensrechtliche Intereſſe an der aus der Convention geſchuldeten Verbindlichkeit fortfällt, und dies iſt dann und ſoweit der Fall, wenn und ſoweit das nach den geſetz-

lichen Vorſchriften zu berechnende Intereſſe und das in der poena gewillkührte Intereſſe dem Betrage nach ſich decken.

Die bis jetzt beſprochene Stelle zeigt alſo, daß auch dieſe Poenalſtipulation nicht als eine wirklich bedingte zu betrachten iſt. Sie zeigt aber auch zugleich die Verſchiedenheit dieſer Stipulation von den beiden früher beſprochenen Formen der Poenalſtipulation. Kann bei dieſen letztern die Klage immer nur auf die poena gerichtet werden, weil die zu ſichernde Leiſtung nur als ein im Voraus feſtgeſetztes Erfüllungsmittel zu betrachten war, iſt alſo hier an ſich nur eine einzige Obligation vorhanden, ſo haben wir es hier mit zwei verſchiedenen Obligationen zu thun, in der Weiſe, daß aus beiden geklagt werden kann, daß aber die Effectuirung der Leiſtung aus der einen Obligation direct oder indirect (ope exceptionis) vernichtend auf den Beſtand der andern einwirkt.

Ueber die zweite Stelle, worüber ich jetzt ſprechen will, kann ich mich kürzer faſſen, als über die L. 28. Das was hiervon geſagt iſt, findet theilweiſe auch Anwendung auf die jetzt zu beſprechende Stelle. — Ich verweiſe außerdem auf das, was über dieſe Stelle ſchon im zweiten Abſchnitt S. 24 fg. geſagt iſt.

b. L. 4. §. 7. cit. von Ulpian.

„Labeo ait: si de hominè petito secundum actorem fuerit judicatum, et jussi judicis satis datum sit, hominem intra certum diem tradi, et si traditus non fuisset, poenam quoque stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum; iniquum enim esse, et hominem possidere, et poenam exigere.“

Auch hier iſt die ſtipulirte poena gewillkührtes Intereſſe für den Fall der Nichtleiſtung des Sclaven. Aber auch hier bedeuten die Worte: „si traditus non fuisset“ keine techniſche Bedingung. Denn wenn der auf die poena klagende Stipulator nur mittelſt einer exceptio doli zurückgeſchlagen werden kann, ſo muß ſein Recht, ſeine actio ex stipulatu ſchon entſtanden ſein, und dies wäre nicht der Fall, wenn eine wirkliche Suſpenſivbedingung vorläge.

Man könnte den bis jetzt beſprochenen drei Geſtaltungen der Pönalſtipulation noch eine vierte mögliche anreihen, nämlich

4. Die stipulato poenae für den Fall, daß eine aus einem nicht klagbaren nudum pactum geschuldete Leistung nicht erfolgt.

Dieser Fall steht abgesehen davon, daß auf die ex pacto geschuldete Leistung nicht geklagt werden kann, dem vorigen gleich. Wegen dieser Abweichung aber steht dieser Fall dem practischen Erfolge nach den früher besprochenen Poenalstipulationen gleich. Der Gläubiger kann nur auf die Strafe klagen, der Schuldner aber durch Vornahme der ex pacto geschuldeten Leistung den Anspruch auf die Strafe ope exceptionis, wie im dritten Falle, vernichten. Anlaß zu besonderer Besprechung bietet dieser Fall nicht mehr. Steht einmal nach dem Vorigen fest, daß die Nichtvornahme der ersten Leistung nicht als technische Bedingung des Anspruchs auf die Strafe aufgefaßt werden kann, so gilt dies unbedenklich auch mit Bezug auf diesen vierten Fall. Es wäre auch nicht abzusehen, warum hier ein Anderes gelten sollte.

Nachdem nun die verschiedenen Gestaltungen der Poenalstipulation im römischen Recht dargestellt worden sind, und namentlich gezeigt ist, daß darauf die von wirklichen Bedingungen geltenden Grundsätze nicht angewandt worden sind, wird es nothwendig sein, jetzt zum Schluß einige Bemerkungen mit Beziehung auf das heutige Recht hinzuzufügen.

Eine stipulatio poenae giebt es heutzutage nicht mehr, nachdem einmal die Stipulationen nicht recipirt sind. Eine Conventionalstrafe kann und muß daher im heutigen Recht durch einen gewöhnlichen Vertrag verabredet werden. Wie nun der Vertrag überhaupt, so unterliegt insbesondere auch der Strafvertrag einer freiern Beurtheilung als die römische Stipulation. Darum kann heutzutage die Bedeutung des Strafversprechens, das Verhältniß der zu sichernden Leistung zu der versprochenen Strafe nicht mehr nach der Form des Versprechens, sondern nur nach dem aus dem Versprechen erkennbaren Willen der Paciscenten beurtheilt werden.

Entspricht daher die Form des Strafversprechens den unter 1. und 2. besprochenen Formen der stipulatio poenae, so kann man nicht schon um deswillen sagen, daß eine Klage nur gerichtet werden könne auf die versprochene Strafe, und daß die erste Lei-

ſtung blos in solutione in dem von Paulus in L. 44. §. 5. D. de O. et. A. angegebenen Sinne ſei. Dieſe Auslegung des Verſprechens iſt möglich, aber nicht die allein mögliche. Es kann die Abſicht des Paciscenten auch die ſein, daß der Gläubiger auch berechtigt ſein ſoll, auf Vornahme der zu ſichernden Leiſtung zu klagen. Dann ſtände es im Belieben des Gläubigers, entweder dieſe Leiſtung, oder die Zahlung der Strafe als des gewillkührten Intereſſes einzuklagen, wie jeder Gläubiger überhaupt berechtigt iſt, entweder die principale Leiſtung einzuklagen, oder ſeinen Anſpruch direct auf Leiſtung des geſetzlichen Intereſſes zu richten, vorausgeſetzt, daß der Schuldner nicht noch die Befugniß hat, durch Effectuirung der principalen Leiſtung ſich Liberation zu verſchaffen.

Wird der Strafvertrag entſprechend der unter 3. beſprochenen Stipulation an eine andere Obligation angelehnt, in der Weiſe, daß die Strafe gezahlt werden ſoll, wenn eine andere geſchuldete Leiſtung nicht erfolgt, ſo wird nach Abſtreifung der durch die Form der Stipulation bewirkten Eigenthümlichkeiten das Strafverſprechen nicht mehr ein ſelbſtändiges Geſchäft ſein, ſondern ein Beſtandtheil des Hauptgeſchäfts, in der Weiſe, daß der Gläubiger befugt iſt, die einzige Geſchäftsklage entweder auf die zunächſt geſchuldete Leiſtung, oder auf die Strafe als gewillkührtes Intereſſe zu richten, vorausgeſetzt auch hier, daß der Schuldner nicht noch die Befugniß hat, ſich durch Vornahme der principalen Leiſtung zu befreien. Dann würde nothwendig auch durch Vornahme dieſer Leiſtung der Anſpruch auf die Strafe, weil juriſtiſch identiſch mit dem Anſpruch auf die principale Leiſtung, ipso jure getilgt werden.

Ein Strafverſprechen endlich, entſprechend der unter 4. behandelten Pönalſtipulation, angelehnt an eine blos naturaliter geſchuldete Leiſtung, würde heutzutage, da nuda pacta überall klagbare Anſprüche zu erzeugen geeignet ſind, nur noch da und ſoweit vorkommen können, wenn und ſoweit im einzelnen Falle eine Naturalobligation anerkannt iſt. In dieſem Falle würde ſelbſtverſtändlich nur auf Zahlung der Strafe geklagt werden können, und die Vornahme der naturaliter geſchuldeten Leiſtung würde einzig und allein als Tilgungsmittel des Anſpruchs auf die Strafe freilich auch des klagloſen Anſpruchs ſelbſt angeſehen werden können. Uebrigens wird dieſer Fall ſelten eintreten, da in der Ein-

gehung des Strafversprechens in den meisten Fällen ein Anerkennungs- und Zahlungsversprechen bezüglich der Naturalschuld liegen wird, und dann würde auf diesen Fall passen, was soeben von dem vorigen gesagt ist.

In allen diesen Fällen eines Strafversprechens wird aber daran festgehalten werden müssen, daß die Theorie wirklicher Bedingungen hierauf nicht anzuwenden ist, daß die Nichtleistung, die äußerlich als Bedingung der Strafe erscheint, niemals eine technische Bedingung ist, daß vielmehr die Leistung selbst als Gegenstand der Obligation oder doch mindestens als ein dem Schuldner gestattetes Mittel zu betrachten ist, sich Liberation von dem Anspruche auf die versprochene Summe Geldes zu verschaffen.

c. Die Lex commissoria.

Die Verabredung beim Kaufcontracte, daß derselbe als nicht geschlossen angesehen werden solle, wenn der Käufer nicht rechtzeitig den Kaufpreis zahle, erscheint äußerlich als eine Bedingung, und zwar als eine Resolutivbedingung. So wird auch das Wesen dieser Verabredung von Ulpian in L. 1. D. de lege commissoria 18. 3. dargestellt, indem er sagt:

„Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

Gegen diese Annahme einer Resolutivbedingung ist Gerber in seinen Beiträgen, S. 112 ffg. aufgetreten.

Er meint nämlich, daß, da ein pactum nur eine Obligation erzeugen könne, so auch die Lex commissoria, weil ein pactum adjectum, nur eine Obligation erzeuge, daß das facere, worauf diese Obligation gerichtet sei, in der Verzichtleistung auf den ganzen Handel und die Folgen der Tradition bestehe, eine Leistung, wozu sich der Käufer schon im Voraus obligatorisch verpflichtet habe. Diese Obligation gehe aber nicht auf Retradition der Sache, sondern auf eine Leistung, deren eigenthümliche Natur es mit sich bringe, daß der Rückfall des Eigenthums ohne Retradition und der Wegfall des ganzen interimistischen Verhältnisses sammt allen seinen Folgen und Wirkungen überhaupt wie von selbst eintrete.

Der practische Erfolg der Verzichtleistung bestehe eben darin, daß das Geschäft als gar nicht geschlossen, die Tradition als gar nicht geschehen angesehen werde.

Diese Wirkung folge eben aus der Natur des Verzichts mit innerer Nothwendigkeit.

Denn der Verzicht, ein reiner Willensact, ein inneres Factum, sei eben als eventuell schon vorher erklärt anzunehmen, und der Erfolg davon, daß der Handel als nicht geschlossen, die Tradition als nicht geschehen und das Eigenthum des Verkäufers als ununterbrochen fortgesetzt anzusehen sei.

Der Verkäufer könne daher sofort die vindicatio anstellen und setze sie auch gegen den ferneren Besitzer durch, indem dieser die Mängel am Rechte seines Auctor auch gegen sich gelten lassen müsse.

Unger Oesterr. Privatrecht §. 129. Note 31 a am Ende, meint, dies seien „widernatürliche Verrenkungen einfacher Rechtsverhältnisse," wodurch „Gerber seiner gut angelegten und fleißig gearbeiteten Schrift Werth und Erfolg zu großem Theile benommen" habe.

Auch ich kann der Ansicht Gerbers nicht beipflichten, muß ihm aber darin Recht geben, daß die Lex commissoria als eine Resolutivbedingung für den Kaufcontract nicht angesehen werden kann.

Ich will jedoch, bevor ich versuche, das durch die Lex commissoria begründete Rechtsverhältniß, das Wesen derselben auf Grund der in den Quellen enthaltenen Entscheidungen darzustellen, zunächst einmal zugeben, daß die Lex commissoria, wie Ulpian meint, und was oft angenommen wird, als eine Resolutivbedingung zu betrachten sei. Was würde aus dieser Annahme einer Resolutivbedingung folgen?

Bedingung ist an sich weiter nichts, als das Abhängigmachen des zu einer Handlung erforderlichen Willens von der Wirklichkeit eines subjectiv ungewissen Umstandes durch den Handelnden. Bedingt wird also der auf die rechtliche Folge einer Handlung gerichtete Wille des Handelnden. Die rechtliche Folge des Kaufcontracts z. B. ist die Kaufobligation, und hierauf ist der Wille der Contrahenten gerichtet. Dieser beiderseitige und darum als etwas Einheitliches zu betrachtende Wille ist die Grundlage, der Träger der Kaufobligation. Die Wirklichkeit dieses auf die

Kaufobligation gerichteten Willens kann nun in zweifacher Weise von einem subjectiv ungewissen Umstande abhängig gemacht werden, und zwar

a. suspensiv: die Contrahenten erklären: wir wollen gekauft, verkauft d. h. die Kaufobligation gewollt haben, wenn oder falls der fragliche Umstand eintritt — Suspensivbedingung —. Dieser Fall interessirt hier nicht weiter.

b. resolutiv: die Contrahenten erklären: wir wollen nicht gekauft, verkauft, wir wollen eine Kaufobligation nicht gewollt haben, wenn oder falls der fragliche Umstand eintritt — Resolutivbedingung. — Dieser Fall kommt hier in Betracht. Die in der Lex commissoria liegende Verabredung ließe sich hiernach so formuliren:

„Wir wollen nicht verkauft, gekauft, wir wollen eine Kaufobligation nicht gewollt haben, wenn der verabredete Kaufpreis nicht rechtzeitig gezahlt wird."

Darnach wäre die Kaufobligation selbst mit dem Abschluß des Contracts entstanden. Nun ist der Wille der Contrahenten die Basis dieses Rechtsverhältnisses, und tritt die Bedingung ein, so ist es jetzt gewiß, daß die Contrahenten dieses Rechtsverhältniß nicht gewollt haben. Damit fällt aber die Grundlage des Rechtsverhältnisses, also auch dieses selbst, und da die Contrahenten für den Fall des Eintritts überhaupt nicht gewollt haben, so ist mit dem Eintritt des Ereignisses entschieden, daß sie in Wirklichkeit niemals gewollt haben. Das Rechtsverhältniß, die Kaufobligation, hat daher bis zu diesem Entscheidungsmomente nur ein Scheindasein gehabt. Es zeigt sich jetzt, daß es niemals einen rechtlichen Bestand gehabt hat.

Weil also jetzt entschieden ist, daß in Wirklichkeit eine Kaufobligation niemals dagewesen ist, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit von selbst:

a. daß der Verkäufer fortan eine actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises nicht mehr hat; denn in Wirklichkeit hat er sie niemals gehabt.
b. daß, wenn der Verkäufer seinerseits schon geleistet, also tradirt hat, diese Leistung nicht mehr als eine solche angesehen werden kann, die in Folge obligatorischer Nothwendigkeit ge-

ſchehen wäre; denn die Obligation war ja, wie ſich jetzt entſchieden hat, niemals vorhanden.

c. War durch die Tradition Eigenthum übertragen, ſo ſtellt ſich jetzt als gewiß heraus, daß die Contrahenten niemals kaufen und verkaufen, daß ſie alſo auch niemals einen Eigenthumsübergang wollten. Es zeigt ſich alſo definitiv, daß es der Tradition an der zum Eigenthumsübergange nothwendigen Grundlage gefehlt hat, daß alſo Eigenthum nicht übergangen iſt, daß daher auch der Verkäufer, weil er noch Eigenthümer iſt, die dem Käufer tradirte Sache, von dieſem vindiciren kann.

Dieſen Conſequenzen kann man nicht ausweichen, wenn man die Lex commissoria als eine Reſolutivbedingung anſieht.

Dieſe Conſequenzen ſtehen aber mit den über die Lex commissoria in den Quellen gegebenen Entſcheidungen im Widerſpruch. Ich werde auf dieſen Widerſpruch gelegentlich zurückkommen, und will jetzt verſuchen, das Weſen der Lex commissoria nach den Quellenentſcheidungen darzuſtellen.

Aus den Quellen gehen nun zunächſt folgende Sätze mit Sicherheit hervor:

a. daß die Kaufobligation mit dem Eintritt der angeblichen Bedingung nicht ipso jure ſich auflöſt, daß es vielmehr von dem freien Belieben des Verkäufers abhängt, ob er annoch Zahlung des Kaufpreiſes verlangen, oder die Lex commissoria geltend machen will, und

b. daß der Verkäufer zur Geltendmachung der Lex commissoria, alſo namentlich auf Rückgabe der tradirten Sache, Herausgabe der inzwiſchen gezogenen Früchte die actio venditi hat.

Der erſte Satz iſt ausgeſprochen von Pomponius in L. 2. D. h. t. (18. 3.)

„— ita accipitur inemtus esse fundus, si venditor inemtum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur.“

von Ulpian in L. 3. eodem:

„Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adjicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.“

von Scävola in L. 6. pr. eodem:

„— (si) ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore.“

Der zweite Satz ist ausgesprochen von Ulpian in L. 4. eod. Er wirft nämlich im Eingange dieser Stelle die Frage auf:

„quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris?“

eine Frage, die er sofort dahin beantwortet:

„Et quidem finita est emtio, sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptio Imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.“

Ebenso sagt er in §. 3. derselben Stelle:

„In commissoria etiam hoc solet convenire, ut, si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emtore exigat. Erit itaque adversus eum ex vendito actio.“

Beide Sätze sind zusammen ausgesprochen und erörtert von Pomponius in L. 6. §. 1. D. de contrahenda emtione, einer Stelle, worauf näher einzugehen sein wird.

Zuvor will ich einen Augenblick dabei stehen bleiben, daß der Verkäufer auf Rückgabe der unter Verabredung der Lex comm. verkauften und tradirten Sache die actio ex vendito hat. Schon hieraus dürfte mit Nothwendigkeit folgen, daß dies Recht auf Rückgabe ein persönliches, obligatorisches ist, daß also, wenn durch die Tradition Eigenthum übergegangen ist, dieses nicht ipso jure an den Verkäufer zurückfällt, und daß daher der Verkäufer die Sache auch nicht vindiciren kann, wenn der Kaufpreis nicht rechtzeitig gezahlt ist.

Daß diese Folgerung richtig ist, geht auch hervor aus L. 3. Cod. de pact. int. emtor. et vendit. 4. 54, wo Kaiser Alexander sagt:

„Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.“

Der Verkäufer soll also auf Rückgabe der Sache im Allgemeinen nur die actio venditi haben, die rei vindicatio aber nur dann, wenn er nicht Eigenthum, sondern blos precaristischen Besitz auf den Käufer übertragen hat.

In der unmittelbar darauf folgenden Stelle:

„Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.“

spricht freilich derselbe Kaiser Alexander ganz allgemein von einer rei vindicatio. Man könnte daraus etwa den Schluß zu ziehen geneigt sein, daß überall die rei vindicatio statthaft sei. Allein dieser Schluß kann als gerechtfertigt nicht angesehen werden, wenn man bedenkt, daß die erste Stelle die Bestimmung hat, die etwa möglichen Rechtsmittel festzustellen, während der Kaiser in der zweiten Stelle nur sagen will, daß der Verkäufer die Lex commissoria nicht mehr geltend machen kann, wenn er es vorgezogen hat, den Kaufpreis oder die Zinsen desselben einzuklagen. Die erste Stelle muß daher entschieden vorgehen, und wenn daher Alexander in der zweiten Stelle von der rei vindicatio spricht, so muß dabei ein Fall vorausgesetzt werden, in welchem nach der vorigen Stelle diese Klage zulässig ist, also ein Fall, wo nur der precaristische Besitz auf den Käufer, nicht das Eigenthum übertragen ist.

Für die allgemeine Anwendbarkeit der rei vindicatio in Fällen eines Verstoßes gegen die lex commissoria kann man sich auch nicht auf L. 8. D. h. t. berufen. Allerdings wird hier mit Bezug auf den daselbst mitgetheilten Fall die Frage aufgeworfen:

„an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditionis?“

Es wird dann geantwortet:

„secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem.“

Allein ob und unter welchen Voraussetzungen nun eine rei vindicatio stattfinden soll, darüber ist hier gar nichts gesagt.

Nach allem diesem ist mir nicht erklärlich, was Vangerow Lehrbuch §. 96. Anm. d. sagt, daß nämlich „aus der L. 8. D. h. t. aus der L. 4. Cod. 4. 54. (der zweiten oben besprochenen Stelle Alexanders) und L. 1. Cod. eod. (diese Stelle spricht auch nicht über die Möglichkeit der rei vindicatio) mit Evidenz hervorgehe, daß, wenn ein Verkauf unter der lex commissoria

abgeſchloſſen, und dem Verkäufer das pretium nicht zur beſtimmten Zeit bezahlt ſei, demſelben die vindicatio zuſtehe."

Die von ihm angeführten Stellen beweiſen dies nicht im Entfernteſten, und die oben beſprochene L. 3. Cod. von Alexander ſagt ganz ausdrücklich das Gegentheil.

Ich kehre jetzt zu der ſchon oben erwähnten L. 6. §. 1. D. de contr. emt. zurück. Pomponius ſagt hier:

„Si fundus annua, bima, trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret, et ut, si interim emtor fundum coluerit, fructus, quos ex eo perceperit, inemto eo facto restituerentur, et quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret, ad diem pecunia non soluta, placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus eo, quod inemto fundo facto dicatur, actionem ex vendito futuram esse; in emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum, et quum in lege id dictum sit, apparet, hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur."

Pomponius giebt hier dem Verkäufer die actio venditi auf Rückgabe der Sache, auf Erſatz der inzwiſchen vom Käufer gezogenen Früchte, und Zahlung desjenigen Betrages, um den geringer der Verkäufer die in Frage ſtehende Sache ſpäter einem anderen Käufer verkauft hat.

Dann fährt er fort: Man dürfe hierin ſich dadurch nicht irre machen laſſen, daß eine actio ex vendito für zuläſſig erklärt werde, während man doch ſage, der fundus ſolle als „inemtus" angeſehen werden.

Ohne Zweifel hat er ſich hier ſelbſt den Einwand gemacht, daß die Lex commissoria eine Reſolutivbedingung ſei, daß daher mit dem Eintritt derſelben die Kaufobligation ſich ipso jure auflöſe, der fundus „inemtus" werde, und daß demgemäß nicht mehr von einer actio venditi auf Rückgabe der Sache, ſondern höchſtens von einer rei vindicatio die Rede ſein könne.

Allein dieſen möglichen Einwand weiſet Pomponius ſofort zurück, indem er ſagt, daß es nicht ſoſehr auf die Worte der Ver-

abredung (welche allerdings die Annahme einer Resolutivbedingung als gerechtfertigt erscheinen lassen möchten), als vielmehr auf den in diesen Worten ausgesprochenen Willen der Paciscenten ankomme. Sehe man hierauf bei der Lex commissoria, so stelle sich heraus:

„hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset, non ut omnis obligatio emti et venditi utrinque solveretur."

Der Wille der Paciscenten gehe demnach nicht dahin, daß mit dem Eintritt des Verstoßes gegen die Lex commissoria das durch den Kaufcontract begründete obligatorische Verhältniß nach beiden Seiten hin — ipso jure — gelöst werde, sondern nur dahin, daß nur noch der Käufer gebunden sein solle, nicht mehr auch der Verkäufer.

Pomponius tritt hiermit ganz entschieden der Annahme einer Resolutivbedingung entgegen.

Und daß eine Resolutivbedingung überhaupt nicht vorliegt, darüber kann nach den bisher mitgetheilten Quellenbelegen kein Zweifel mehr obwalten.

Ist dies aber der Fall, dann ist es jetzt auch leicht, dasjenige Rechtsverhältniß genauer festzustellen, welches die Lex commissoria zwischen Verkäufer und Käufer begründet.

Es ist nun schon gezeigt, daß das der Lex commissoria nicht entsprechende Verhalten des Käufers nicht einen Eigenthumsrückfall an den Verkäufer, sondern nur ein mit der actio venditi geltend zu machendes, also persönliches Recht auf Rückgabe, und falls dies verabredet ist, das ebenfalls mit der actio venditi geltend zu machende Recht auf Rückgabe der inzwischen vom Käufer gezogenen Früchte und Ersatz desjenigen Betrages bewirkt, um den geringer der Verkäufer später die Sache verkauft hat.

Das aus der Lex commissoria dem Verkäufer erwachsende Recht ist also auf eine Mehrheit von Leistungen gerichtet, und zwar besteht die eine Leistung, die Rückgabe der Sache, in einem dare, in einer Eigenthumsübertragung; denn wenn der Käufer durch Tradition Eigenthum erhalten hat, so ist er, da einerseits dasselbe nicht ipso jure aufhört, und da er andererseits verpflichtet ist, zurückzugeben, was er erhalten, hiernach selbstverständlich

verpflichtet, Eigenthum zurückzugeben, also zu einem dare verpflichtet.

Der Verkäufer kann nun aber nach Verstreichung des zur Zahlung des Kaufpreises festgesetzten Termines entweder die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises, oder die Effectuirung der eben beschriebenen Leistungen verlangen, und zwar muß er sich sofort nach dem Zahlungstermine entscheiden, welches Recht er geltend machen will, wie es ausdrücklich heißt in L. 4. §. 2. D. h. t.:

„statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere? nec posse, si commissoriam elegit, postea variare."

Es können nun aber auch dem gegen die Lex commissaria verstoßenden Käufer seinerseits noch Rechte gegen dem Verkäufer zustehen, z. B. das Recht auf Rückgabe der den Verkäufer übergebenen arrha, u. s. w. und auch von diesen wird gesagt, daß sie durch einen Verstoß gegen die Lex commissoria verloren gehen sollen, vorausgesetzt, daß der Verkäufer überhaupt die Lex commissoria geltend machen will. So sagt Scävola in L. 6. pr. D. h. t.:

„si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum."

und ferner im §. 1. derselben Stelle:

„si ex lege inemti sint fundi, nec id, quod accessurum dictum est, emtori deberi."

Wenn nun überall gesagt wird, daß der Verkäufer zur Geltendmachung der Lex commissoria die actio venditi gebrauchen müsse, so muß diese auch dazu dienen, um den Verlust der eben bezeichneten Rechte für den Käufer zu bewirken. Mit der actio venditi kann aber nur ein persönliches Recht geltend gemacht werden. Besteht nun das Wesen des persönlichen Rechtes darin, daß es gerichtet ist gegen eine bestimmte andere Person auf eine Leistung — dare, facere —, so muß auch das mit der actio venditi gegen den Käufer geltend zu machende persönliche Recht auf eine Leistung des Käufers gerichtet sein. Diese Leistung kann

aber in nichts Anderem bestehen, als in dem Aufgeben jener dem Käufer sonst zustehenden Rechte.

Diese Verbindlichkeit des Käufers aus der Lex commissoria tritt zu den schon früher aufgezählten hinzu, so daß also, um die einzelnen möglichen Leistungen hier nochmals zusammenzufassen, der Käufer zu folgenden Leistungen verpflichtet werden kann:

1. zur Rückübertragung des Eigenthums der aus dem Kaufcontracte tradirten Sache;

2. zur Erstattung bezw. Ersatz der inzwischen gezogenen Früchte;

3. zum Ersatz desjenigen Geldbetrags, um den geringer der Verkäufer die Sache später verkauft;

4. zum Aufgeben aller ihm gegen den Verkäufer aus dem in Rede stehenden Kaufcontracte erwachsenen Rechte.

Verpflichtet nun der mit der Lex commissoria abgeschlossene Kaufcontract den Käufer zur rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises, oder falls der Verkäufer die Geltendmachung der Lex commissoria vorzieht, zu den eben gedachten Leistungen, so entsteht jetzt die Frage, in welchem Verhältnisse diese beiderlei Leistungen zu einander stehen.

Es springt hier sofort die Aehnlichkeit dieses Verhältnisses mit andern schon bekannten in die Augen, mit den Forderungen auf Interesse als den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation, wo das Interresse eine *gesetzliche* Ersatzleistung ist, mit den Forderungen auf Leistung einer Conventionalstrafe als *gewillkührter* Ersatzleistung für die ursprünglich gewollte, aber unterbliebene Leistung. Wie bei diesen obligatorischen Verhältnissen das Ausbleiben der zunächst gewollten Leistung nicht als die rechtserzeugende Thatsache bezüglich des Anspruchs auf das Interesse oder auf die Conventionalstrafe angesehen werden kann, so ist diese Auffassung auch nicht möglich bei dem hier zu besprechenden Verhältniß.

Wollte man sagen, die Thatsache der nicht rechzeitigen Zahlung des Kaufpreises erzeuge für den Verkäufer den Anspruch auf die Leistungen aus der Lex commissoria, so würde man, wenn der Verkäufer diese Leistungen geltend macht, mit Recht fragen, welches fernere Schicksal die Verbindlichkeit des Käufers zur Zah-

lung des Kaufpreiſes etwa haben ſollte? Man könnte ſie gewiß nicht als aufgehoben betrachten, da nicht abzuſehen iſt, welcher im Recht als Aufhebungsgrund obligatoriſcher Verhältniſſe anerkannte Umſtand dies etwa bewirkt haben ſollte. Wollte man ſie als fortbeſtehend betrachten, ſo müßte der Verkäufer doch auch die Befugniß haben, dieſelbe klagweiſe geltend zu machen neben der Geltendmachung der Lex commissoria. Dies iſt aber nicht möglich, da nach den ausdrücklichen Beſtimmungen der Geſetze der Käufer nur angehalten werden kann, entweder zur Zahlung des Kaufpreiſes oder zu den Leiſtungen aus der Lex commissoria, niemals aber zu beiden zugleich.

Es dürfte daher gerechtfertigt ſein, hier daſſelbe Verhältniß zwiſchen den beiderlei Leiſtungen anzunehmen, welches nach den frühern Erörterungen ſtattfindet bei Forderungen auf Intereſſe als den nachfolgenden Gegenſtand einer Obligation, bei Forderungen auf Leiſtung einer Conventionalſtrafe, in der Weiſe, daß der unter der Lex commissoria abgeſchloſſene Kaufcontract einen einzigen und einheitlichen Anſpruch des Verkäufers erzeugt, gerichtet zunächſt auf Zahlung des Kaufpreiſes, und eventuell, falls der Verkäufer dies will, auf die Leiſtungen aus der Lex commissoria, in der Weiſe alſo, daß nur eine einzige Obligation beſteht mit zwei verſchiedenen Erfüllungsmitteln, wobei aber der Gebrauch des durch die Lex commissoria fixirten Erfüllungsmittels nicht allein vom Willen des Käufers abhängig, ſondern nur dann geſtattet iſt, wenn der Verkäufer dies will.

Bei dieſer Auffaſſung des Verhältniſſes hat dann ſelbſtverſtändlich die rechtzeitige Zahlung des Kaufpreiſes die Natur einer den Anſpruch des Klägers vernichtenden Thatſache, und muß mithin von dem aus der Lex commissoria belangten Käufer behauptet und bewieſen werden.

Dieſe Annahme wird unterſtützt durch L. 4. §. 4. und L. 8. D. h. t. In der erſten Stelle von Ulpian heißt es:

„Marcellus libro XX. dubitat, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere; quodsi non habet cui offerrat, posse esse securum.“

Das „offerre pretium“ wird hier als ein Mittel bezeichnet, sich von der potestas legis commissoriae zu befreien, und der Käufer soll auch dann sicher sein, wenn Niemand da ist, cui offerat. Diese Thatsache hat also gegenüber dem Anspruche auf die Leistungen aus der Lex commissoria dieselbe Wirkung, welche die wirkliche rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises hat, und muß daher ebenso wie die Zahlung vom Käufer bewiesen werden.

Wäre nun die Zahlung nicht rechtsvernichtende Thatsache, sondern ihr Gegentheil, daß nämlich nicht gezahlt ist, die den Anspruch aus der Lex commissoria erzeugende Thatsache, so müste dieselbe Bedeutung auch der Umstand haben, daß von Seiten des Käufers das pretium nicht offerirt sei.

Dann müste aber der Kläger beweisen, nicht blos, daß Zahlung zur rechten Zeit nicht erfolgt sei; denn es wäre immerhin denkbar, daß der Käufer die Zahlung offerirt hat, oder offeriren wollte, aber Niemand hatte, dem er offeriren konnte. Und dann wäre ja der Anspruch aus der Lex commissoria nicht begründet. Darum müste dann der Kläger auch noch beweisen, daß der Kaufpreis noch nicht offerirt sei.

Man kann nun noch weiter gehen. Der Anspruch auf den Kaufpreis kann auch noch in verschiedener anderer Weise untergehen, z. B. durch Novation, Erlaß u. s. w. und wäre dies der Fall gewesen, so könnte selbstverständlich auch der Anspruch aus der Lex commissoria nicht begründet sein. Darum müßte denn auch der Gläubiger beweisen, daß derartige den Anspruch auf Zahlung des pretium vernichtende Thatsachen nicht eingetreten seien, er müßte also beweisen die Abwesenheit aller möglichen und denkbaren Thatsachen, welche den Anspruch auf das pretium zu vernichten geeignet sind — ein Beweis, den der Verkäufer niemals wird erbringen können.

Die angeführte Stelle giebt nun freilich keine ausdrückliche meine Ansicht über die Beweislast bestätigende Entscheidung, aber aus der ganzen Fassung derselben läßt sich schon herauslesen, daß der Käufer zu beweisen habe, er habe den Kaufpreis offerirt, oder offeriren wollen, aber Niemand gehabt, dem er offeriren konnte.

In der angeführten L. 8. h. t. sagt Scaevola:

„Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae

pecuniae, quibus si non paruisset, emtor pactus est, ut arrham perderet, et inemtae villae essent; die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignasse, defuisse autem venditricem."

Scaevola beschreibt hier, wie der Käufer, der zahlen wollte, aber die Zahlung wegen Abwesenheit des Gläubigers nicht effectuiren konnte, sich sichert, indem er sich bezeugen läßt, daß er am Zahlungstage gethan, was er seinerseits zur Zahlung zu thun hatte.

Welchen anderen Zweck sollte hierbei der Käufer gehabt haben, als den, sich schon jetzt die Gewißheit zu verschaffen, daß er, wenn etwa aus der Lex commissoria belangt, den ihm obliegendem Beweis erbringen könne, daß er Alles gethan habe, was seinerseits zur Effectuirung der Zahlung nothwendig war? Konnte er erst den Beweis seitens des Klägers abwarten, daß er, beklagter Käufer, nicht gezahlt, auch das nicht gethan habe, was von Seite desselben zur Zahlung nothwendig geschehen mußte, und daß überhaupt der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises bis zum Zahlungstermine durch keine denkbare rechtsvernichtende Thatsache aufgehoben sei, bedurfte dann der Käufer solcher Vorsichtsmaßregeln, um sich auf jeden Fall gegen die potestas legis commissoriae sicher zu stellen?

Hiernach scheint mir auch aus dieser Stelle hervorzugehen, daß den Käufer die Beweislast dahin trifft, er habe gezahlt, oder sei in anderer Weise seiner Verbindlichkeit ledig geworden, und dann ist sie sowohl wie die vorhergehende Stelle ebenfalls ein Beweis für die Richtigkeit der über das Wesen der Lex commissoria aufgestellten Ansicht.

8. Beweislast bei der Condictio causa data causa non secuta.

Bei dieser Klage wird darüber gestritten, ob außer der datio ob rem s. causam futuram vom Kläger auch noch der Nichteintritt der causa futura als eine sein Klagrecht erzeugende Thatsache bewiesen werden müsse, oder ob nicht vielmehr den Beklagten der Beweis dahin treffe, daß die causa futura eingetreten sei.

Die Entscheidung dieses Streites hängt selbstverständlich von der Beantwortung der Frage ab, welche Bedeutung der Thatsache des Eintritts oder Nichteintritts der causa futura bei der datio ob rem beizulegen ist.

Nimmt man an, daß die Verpflichtung zur Rückgabe des ob rem Empfangenen erst durch den Nichteintritt der causa futura begründet wird, so ist derselbe als rechtserzeugende Thatsache zu betrachten, und muß mithin vom Kläger bewiesen werden.

Dieser Ansicht ist namentlich Errleben[46]) Er geht davon aus, daß „die obligatio ob rem dati re non secuta durch das im Act der ob rem datio enthaltene Rechtsgeschäft als solches in der Weise begründet wird, daß bei dem Nichteintritt des vorausgesetzten Erfolges der Empfänger Alles, was er aus dem Vermögen des Gebers unmittelbar oder mittelbar erhalten hat, zurückzugeben schuldig sein soll," daß also „die Obligation erst dann in's Leben tritt, wenn durch den Nichteintritt der Voraussetzung die Leistung, deren Grund sie nach der erkennbaren Willensbestimmung des Gebers bildete, grundlos geworden ist." Die Voraussetzung als der Grund der Leistung soll, was deren Einfluß auf die Wirksamkeit des Leistungsgeschäftes und der darin liegenden Willenserklärung betrifft, nicht einer aufschiebenden, sondern vielmehr einer auflösenden Bedingung gleich stehen: Die Wirksamkeit dieser Willenserklärung soll nicht an ihren Eintritt geknüpft sein, sondern umgekehrt deren Unwirksamkeit an ihren Nichteintritt." Demgemäß soll denn auch der Kläger den Nichteintritt der Voraussetzung als wesentlichen Bestandtheil des Entstehungsgrundes seiner Rückforderung beweisen müssen, und dieses Beweises nur dann für überhoben zu achten sein (S. 500.), „wenn sich aus dem erwiesenen Inhalte des Leistungsgeschäftes, wie der ihm zu Grunde liegenden Voraussetzung ergiebt, daß ihm danach die Befugniß zusteht, den Eintritt der Voraussetzung selbst willkührlich zu hindern, und darauf hin, also auf Grund der in ihm vorgegangenen Willensänderung — propter

---

[46]) Die Condict. sine causa Thl. II. S. 499. ff. Mit Errleben stimmt überein Witte: die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. S 169. ffg. 190. 191. ffg.

poenitentiam — das Gegebene zurückzuverlangen [47]). Denn entweder liege hier die Erklärung dieser an sich zulässigen Willensänderung schon in der erhobenen Rückforderung des Gegebenen selbst unmittelbar ausgedrückt, oder es bedürfe doch nur einer einfachen Bemerkung von seiner Seite, wodurch diese Erklärung nachgeholt, und die mangelhafte Begründung der Klage nachträglich verbessert werde."

An der Richtigkeit dieser von Errleben über die Beweislast gegebenen Entscheidung kann nicht gezweifelt werden, wenn es wahr ist, daß der Nichteintritt der causa futura ein wesentliches Erforderniß der Entstehung des Rückforderungsrechtes des Gebers bildet.

Gegen die Wahrheit dieser Voraussetzung aber und damit auch gegen die von Errleben gegebene Entscheidung über die Beweislast ist, wie ich glaube, mit guten Gründen Gerber in seinen Beiträgen über Klaggrund und Beweislast S. 125 ffg. aufgetreten. Gerber geht nämlich von der Ansicht aus, daß ein rechtlich grundloses Geben als Voraussetzung der Cond. c. d. c. n. s. schon vom Augenblick der datio ob rem datire, daß also von diesem Augenblicke an die obligatio ob rem dati als entstanden zu betrachten sei, daß ferner der Eintritt der causa futura das bis dahin bestandene rechtliche grundlose Geben beseitige, also das Rückforderungsrecht des Klägers vernichte, und deshalb auch vom Beklagten zu beweisen sei.

Ich schließe mich dieser von Gerber vertheidigten Ansicht an, will aber, bevor ich daran gehe, die von ihm aufgestellten Gründe zu referiren, zuvor noch einiger abweichenden Ansichten Erwähnung thun.

1. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 341. hält ebenso wie Errleben den Nichteintritt der causa futura für eine wesentliche Bedingung der Obligation und Klage, und zuerkennt demgemäß auch wie Errleben dem Kläger die Beweislast bezüglich des Nichteintritts. Jedoch soll der Geber, wenn er da, wo er auch die actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung anstellen könnte, die condict. c. d. c. n. s. anstellt, nicht den Nichteintritt der causa

---

[47]) Vgl. über das jus poenitendi noch besonders S. 11. 120 ffg. 134 ffg. 138 ffg. bei Errleben. Vgl. auch Witte S. 115 ffg.

futura beweisen müssen, weil er die Nichterfüllung der Gegenleistung auch bei der actio praescr. verb. nicht zu beweisen brauche, und diese Klage werde hier grade durch die condictio vertreten.

Allein die L. 7. D. de praescr. verb. 19. 5., auf welche Bethmann-Hollweg sich hierfür beruft, dürfte wohl nicht beweisend sein, und dann sind auch beide Klagen so verschiedener Natur, daß die Uebertragung einer Beweisregel, die für die act. praescr. verbis entschieden zutrifft, auf die condictio nicht wohl möglich ist. Wenn Bethmann-Hollweg einmal der Ansicht ist, daß der Nichteintritt der causa futura eine wesentliche Voraussetzung der Klage ist, so muß derselbe überall auch dem Kläger die Beweislast zuerkennen [48]).

2. Winscheid: die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung S. 189 ffg. sagt: „wenn einmal feststeht, daß ein Wille unter einer Voraussetzung erklärt worden ist, so steht auch fest, daß er bei Ermangelung der Voraussetzung unwirksam ist. Wer sich daher auf denselben berufen will, hat — eben weil er sich auf ihn nur als wirksamen berufen kann — zu beweisen, daß seine Voraussetzung erfüllt sei. Der Gegner — also derjenige, welcher diesen Willen erklärt hat, — kann diesen Beweis abwarten, und bis er geführt ist, jeden Anspruch abweisen, der auf seine Willenserklärung gebaut ist." Wird also aus einer datio ob rem geklagt, so soll der Beklagte, den Eintritt der Voraussetzung, unter welcher ihm gegeben worden ist, beweisen, als den Grund, worauf hin er das Empfangene hat. Darin, daß Kläger blos die datio ob rem, der Beklagte den Eintritt der causa beweisen soll, stimmt diese Ansicht mit der Gerbers überein, weicht aber in der Begründung ab, die als richtig nicht zugegeben werden kann [49]).

3. Hefftter in seinen Zusätzen zu Weber: Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 285. meint, daß im Fall der datio ob rem „eine Obligation des Beklagten, sein dare oportere schon durch die ursprüngliche datio auf einen künftigen Fall wesentlich und wirklich begründet sei, wenn nicht die causa futura eintrete," daß er daher, wenn er „die Aufhebung der Obligation durch diesen Eintritt behaupte, sie nach allgemeinen Grund-

[48]) Vgl. geg. Bethmann-Hollweg auch Erxleben S. 504. 505.

[49]) Vgl. gegen die Ansicht Windscheid's Erxleben S. 501. Witte S. 171. ffg.

sätzen der Beweislast darthun“ müste. Auch diese Ansicht stimmt mit der Gerber's in der Vertheilung der Beweislast überein, ist aber ebenso wie die Ansicht Windscheid's nicht richtig begründet, wie aus der Begründung der Ansicht Gerber's hervorgehen wird.

Ich wende mich nunmehr zur Darstellung der Ansicht Gerber's.

Errleben und Gerber stimmen darin überein, daß die Cond. c. d. c. n. s. als eine besondere Art der cond. sine causa zu betrachten sei. Sie weichen aber darin von einander ab, daß, während Errleben ein rechtlich grundloses Haben von dem Momente annimmt, wo der Nichteintritt der causa futura gewiß ist, Gerber ein solches schon als vorhanden annimmt vom Augenblick der datio ob rem.

Eerleben[50]) geht nämlich davon aus, daß wer an einen andern unter einer Voraussetzung einen Vermögenswerth gebe, „nicht seine Leistung selbst und deren unmittelbare Wirksamkeit von seiner Voraussetzung abhängig mache, sondern blos deren Bestand, in solcher Weise, daß bei dem Nichteintritt derselben der Empfänger gehalten sein solle, das Empfangene zurückzuerstatten.“ „Insofern stehe also die Voraussetzung als der Grund der Leistung, was deren Einfluß auf die Wirksamkeit des Leistungsgeschäftes und der darin enthaltenen Willenserklärung betreffe, hier nicht einer aufschiebenden, sondern vielmehr einer auflösenden Bedingung gleich: die Wirksamkeit dieser Willenserklärung sei nicht an ihren Eintritt geknüpft; sondern umgekehrt deren Unwirksamkeit an ihren Nichteintritt.“ „Bis dahin, daß dieser sich entschieden habe, besitze der Empfänger das, was ihm gegeben, auf der Grundlage des von dem Geber durch den Act der Leistung selbst unmittelbar erklärten Willens; sein Erwerb sei daher diesem gegenüber nicht von vornherein grundlos, sondern werde es erst von dem Augenblicke des Nichteintritts der Voraussetzung; — id, quod ex justa causa ad eum pervenit, redit ad non justam causam.“ — „Nur insofern der Nichteintritt der Voraussetzung mit der Auflösung des Leistungsgeschäftes zugleich die Entstehung einer Forderung auf Rückgabe des Gegebenen für den

[50]) Vergl. S. 501.

Geber zur Folge habe, lasse sich dieselbe allenfalls auch unter den Gesichtspunkt einer aufschiebenden Bedingung stellen.“ Bilde somit der Nichteintritt der Voraussetzung die Bedingung der Entstehung des Rückforderungsrechtes, so müsse derselbe auch von dem dies geltend machenden Kläger bewiesen werden.

Einen Hauptfehler in dieser Darstellung Errleben's findet Gerber, und wie mir scheint mit Recht, in der Anwendung der Theorie der Bedingungen auf die ob rem datio, die er für unstatthaft erklärt. Ausgehend von einer Unterscheidung zwischen causa und conditio versteht er unter der ersteren „den rechtlichen Grund einer an sich entschiedenen Verpflichtung oder directen Vermögenszuwendung,“ und unter conditio „diejenige Form einer vorbehältlichen unentschiedenen Verpflichtung, oder Vermögenszuwendung, durch welche der disponirende Wille irgend ein factisches Ereigniß zu einem ihm selbst coordinirten Rechtsfactor erhebt.“ Daraus folge,

1) daß der Defect der objectiven causa, möge sie der Disponent irrthümlich als schon vorhanden gedacht, oder noch in der Zukunft erwartet haben, immer gegen den Willen des Disponenten in die Erscheinung treten müsse, während

2) der Eintritt wie die Deficienz der Bedingung ganz außerhalb der obligationsmäßigen Willensrichtung der Rechtssubjecte liege.

Die causa praeterita unterscheide sich schon im Ausdrucke scharf von der conditio, indem erstere mit „quia“, letztere mit „si“ indicirt werde.

Eben so deutlich würde im Ausdrucke auch die causa futura sich unterscheiden, wenn man das Verhältniß stets so formulirte: „Ich gebe, verspreche, weil ich erwarte, daß u. s. w.“, wie denn auch bei den Römern die causa futura im Gegensatze zur conditio regelmäßig durch „ut“ indicirt werde.

Das die causa futura bildende Ereigniß müsse, weil erwartet, immer gegen den Willen des Gebers ausbleiben, was man nicht sagen könne, wenn dies Ereigniß als Bedingung intendirt sei; letzterenfalls könne höchstens von einem Wunsche, einer Hoffnung die Rede sein.

Das Rechtsverhältniß der datio ob rem habe nun eine

doppelte Seite. Betrachte man blos die besondern Wirkungen für den Fall der Nichtvollendung, so liege eine Verwechselung mit bedingten Rechtsverhältnissen sehr nahe, indem sich das Verhältniß wie ein bedingtes am anschaulichsten dahin formuliren lasse: „Wenn meine Erwartung fehl schlägt, so bist du schuldig, das Gegebene zu restituiren.“ Aber dennoch sei das Verhältniß kein bedingtes, das erwartete Ereigniß sei und bleibe causa.

Die causa als rechtlicher Grund einer Verpflichtung oder directen Vermögensübertragung habe nun eine doppelte Seite, eine subjective und eine objective. In subjectiver Beziehung bedeute sie den blos erst beabsichtigten Zweck, welcher der Leistung den Charakter eine juristischen Function verleihe, in objectiver Beziehung bedeute sie den wirklich erreichten Zweck, den objectiv vollendeten juristischen Grund.

Finde nun eine Eigenthums- bezw. Vermögensübertragung an Jemand statt wegen einer causa praesens oder praeterita, so sei hier die causa ihrer subjectiven und objectiven Seite nach vorhanden, in letzterer Beziehung nur dann nicht, wenn ihre Annahme auf einem Irrthume beruhe. Werde z. B. an Jemand gezahlt in der irrthümlichen Annahme, daß ein Verpflichtungsgrund, dies zu zahlen, vorliege, so liege der stattgefundenen Vermögensvermehrung subjectiv allerdings eine causa zu Grunde, in Wirklichkeit, objectiv, sei dieselbe, weil irrthümlich eingebildet, nicht vorhanden. Der Mangel der causa dieser ihrer objectiven Seite nach bewirke aber, daß der Empfänger das Erhaltene sine causa habe, und dieser Zustand des rechtlich grundlosen Habens verpflichte ihn zur Rückübertragung des Erhaltenen gegenüber der condictio indebiti.

Werde daher wie im Fall der datio ob rem etwas ob causam futuram gegeben, so sei auch hier im Augenblick der datio die causa, weil vom Geber und Empfänger gewollt, ihrer subjectiven Seite nach vorhanden, jedoch nicht in objectiver Beziehung, da der objective Bestand der gewollten causa erst noch erwartet werde. Darum begründe aber die datio ob rem von dem Augenblick des Gebens an einen Zustand rechtlich grundlosen Habens des Empfangenen, ein Zustand, der aufhöre, wenn die causa futura eintrete, objectiv, wirklich werde.

Beruhe nun die obligatio ob rem dati, wie die condictiones

sine causa überhaupt, wovon die cond. c. d. c. n. s. nur eine besondere Art bilde, auf der Thatsache des rechtlich grundlosen Habens, die Grundlosigkeit bezogen auf den Mangel der objectiven causa, so müsse die obligatio ob rem dati nothwendig als entstanden betrachtet werden vom Augenblicke der datio ob rem, und der wirkliche Eintritt der causa futura könne nur als eine das Rückforderungsrecht des Gebers vernichtende Thatsache angesehen werden.

Ich trage kein Bedenken, mich mit den bis jetzt auszugsweise mitgetheilten Ausführungen Gerber's einverstanden zu erklären, und damit zugleich gegen die Ansicht Errleben's mich auszusprechen. Ich verweise des Weiteren auf die Ausführungen Gerber's selbst, und will hier noch näher auf einen Punkt eingehen, worin ich mit Gerber nicht übereinstimme.

Wenn nämlich angenommen werden muß, daß die obligatio ob rem dati schon mit dem Augenblicke der datio ob rem oder ob causam futuram entsteht, so entsteht die weitere Frage, ob und welche Bedeutung dem Umstande beigelegt werden muß, daß mit Beziehung auf eine künftige causa gegeben ist? Denn der Wille des Gebers und Nehmers ist doch mit Entschiedenheit auf den Eintritt der causa futura gerichtet, und da man hiernach vernünftigerweise annehmen muß, daß beide den Eintritt oder Nichteintritt der causa futura abwarten wollen, so erscheint die Zulassung einer Klage auf Rückgabe, der condictio causa data causa non secuta vor dem Momente, wo der Eintritt oder Nichteintritt der causa sich entschieden muß, als mit dem Willen des Gebers und Nehmers in Widerspruch stehend.

Gerber, der, wie schon mehrfach erwähnt, in seinen Beiträgen im Allgemeinen davon ausgeht, daß zum Begriff des Klagrechts außer dem Recht im subjectiven Sinne selbst auch noch eine Verletzung desselben gehöre, läßt auch die condictio causa data causa non secuta nicht mit der obligatio ob rem dati, mit dem Recht auf Rückgabe gleichzeitig entstehen; er fordert auch hier zur Entstehung des Klagrechts eine Verletzung jenes Rechts auf Rückgabe. Er verlegt daher die „Entstehung der Klage im Allgemeinen auf denjenigen Moment, in welchem rechtliche Gründe zum Aufgeben der noch ferneren Erwartung der causa futura, des

objectiven Bestandes der causa eintreten," indem er „diese Gründe als Inhalt der Rechtsverletzung" ansieht[51]). — Da nun der Eintritt dieser Gründe, wie Gerber selbst zugiebt, in den meisten Fällen der Zeit nach mit dem Nichteintritt der causa zusammenfällt, so ist nach ihm die condictio c. d. c. n. s. in den Fällen, wo dies der Fall ist, auch erst in dem Moment des Nichteintritts der causa futura entstanden. Nur in den Fällen, wo die causa futura in einer Leistung des Empfängers besteht, soll die Klage schon dann entstehen, „wenn ein längeres Zurückhalten der Leistung von Seiten des Empfängers rechtlich nicht gebilligt werden kann." Immerhin soll aber der Nichteintritt der causa, selbst wo er mit jener Verletzung zusammenfällt, nicht als eine die Klage erzeugende Thatsache, sondern das Gegentheil, der Eintritt der causa als rechtsvernichtende Thatsache angesehen werden.

Dieser Versuch Gerber's, dem auf den Eintritt der causa gerichteten Willen dadurch Rechnung zu tragen, daß er die Entstehung des Klagrechtes in einen spätern Moment verlegt, kann nicht gebilligt werden. Der Haltbarkeit desselben steht der Umstand im Wege, daß die Rechtsverletzung ein Erforderniß des Klagrechts nicht genannt werden kann, daß jedes Recht im subjectiven Sinne, sobald es einmal entstanden ist, ein klagbares Recht, ein Klagrecht ist[52]). Entsteht daher die obligatio ob rem dati, das Rückforderungsrecht wegen rechtlich grundlosen Habens, sofort mit der datio ob rem, so ist dies Recht auch sofort ein klagbares, ein Klagrecht.

Die Ansicht Gerber's von der spätern Entstehung des Klagrechts besonders in dem Falle, wenn die causa futura in einer Leistung des Empfängers besteht, kann auch nicht durch Berufung auf L. 7. D. praescr. verb. gerechtfertigt werden, wo Papinian sagt:

> „Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest; aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas."

Papinian sagt zunächst, daß aus dem in dem Geben von 10 liegenden unbenannten Realcontracte mit der actio praescriptis

[51]) Vgl. Gerber S. 143.
[52]) Vgl. das oben S. 6. ffg. Gesagte.

verbis auf das Interesse geklagt werden könne, welches der Geber an der Vornahme der Gegenleistung habe. Entsteht nun aus dem unbenannten Realcontract die Verpflichtung zur Gegenleistung sofort mit der Hingabe von der anderen Seite, so ist damit auch zugleich das Recht des Hingebenden auf die Gegenleistung als ein gerichtlich erzwingbares, als Klagrecht sofort entstanden, weil die persönliche Verpflichtung als entstanden nicht gedacht werden kann ohne Entstanden sein des entsprechenden Rechtes auf der Gegenseite. Wenn nun Papinian sagt, die act. praescr. verb. könne angestellt werden, wenn der Gegner mit der Gegenleistung zögere — si cessaverit —, so will er diese Zögerung gewiß nicht als eine rechtliche Voraussetzung der Entstehung des Klagrechtes angesehen wissen, vielmehr will er damit wohl nur sagen, daß diese Zögerung ihn zur Klaganstellung veranlassen könnte. Sollte die Zögerung, das cessare, wirklich eine das Klagrecht erst erzeugende Thatsache sein, so würde das nicht blos von der hier besprochenen actio praescr. verb., sondern auch von allen übrigen Klagen gelten müssen. Es müßte z. B. die actio commodati, depositi, venditi u. s. w. erst dann entstehen, wenn der Commodatar, Depositar, Käufer u. s. w. die Vornahme der ihnen obliegenden Leistung verzögern. Dies ist aber nicht der Fall, vielmehr entstehen diese Klagrechte mit der Eingehung des Commodats, des Depositum, des Kaufcontractes, u. s. w. und es ist nicht abzusehen, warum es bei den unbenannten Realcontracten anders sein sollte.

Kann nun das cessare des Empfängers mit der Gegenleistung nicht als Voraussetzung der actio praescript. verb. angesehen werden, so ist es auch nicht möglich in Beziehung auf die ebenfalls dem Geber zustehende condictio causa data, causa non secuta. Begründet einmal die datio ob causam futuram ein sine causa habere auf Seite des Empfängers, so ist vom Augenblick der datio an die Verpflichtung und ihr entsprechend auch die als condictio gestaltete Berechtigung auf Rückgabe aus dem rechtlich grundlosen Haben entstanden, sie kann nicht erst in einem spätern Momente entstehen.

Es kann also dem auf den Eintritt der causa futura gerichteten Willen des Gebers und Nehmers in der von Gerber angegebenen Weise, nämlich durch Annahme zweier verschiedener Momente für die Entstehung der obligatio ob rem dati überhaupt

und bezw. des Klagrechts aus dieſer Obligation, Rechnung nicht getragen werden. Es iſt dies aber in anderer Weiſe möglich, und dieſe ſcheint mir conſequenter zu ſein.

Der Umſtand, daß mit Bezug auf eine causa futura gegeben und empfangen iſt, daß beide die Zukunft darüber entſcheiden laſſen wollen, ob das anfänglich ſchon vorhandene rechtlich grundloſe Haben in ein cum causa habere ſich verwandele oder nicht, berechtigt den Empfänger und verpflichtet zugleich den Geber, den durch die datio begründeten Zuſtand ſo lange in der Schwebe zu laſſen, bis dem beiderſeitigen Willen entſprechend der Moment kommt, der die endliche Entſcheidung bringen ſoll entweder über Perpetuation des durch die datio begründeten Zuſtandes des rechtlich grundloſen Habens auf Seite des Empfängers oder über die Aufhebung bezw. Verwandlung deſſelben in einen Zuſtand des cum causa habere.

Wenn daher der Geber vor Eintritt dieſes Momentes die allerdings ſchon entſtandene und begründete condictio causa data causa non secuta anſtellen ſollte, ſo würde der beklagte Empfänger durch Berufung auf das ihm aus dem beiderſeitigen auf die causa futura gerichteten Willen erwachſene Recht durch Vorſchützung einer exceptio doli ſich vertheidigen und die Klage zurückſchlagen können. — „Dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest[55].“ —

Dieſe Auffaſſung ſcheint auch in L. 3. §. 3. D. cond. caus. data zu Grunde zu liegen. Ulpian ſagt hier:

„Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittes? Si nondum tempus praeterierit, inhibenda erit repetitio. —“

Ulpian ſpricht hier von einem inhibere der vor dem Termine, an welchem der Feſtſetzung gemäß die causa futura eintreten ſoll, angeſtellten Rückforderungsklage. Man kann die Worte „inhibenda erit actio“ ſehr wohl beziehen auf die Entkräftung der zu früh angeſtellten Klage durch eine begründete exceptio des Beklagten.

Nimmt man nun an, daß dem Beklagten gegen die condictio bis zum Eintritt des für den Eintritt der causa feſtgeſetzten oder aus der Anlage des in Frage ſtehenden Verhältniſſes ſich er-

[55]) Vgl. L. 2. §. 4. D. de doli et met. except. 44. 4.

gebenden Momentes eine exceptio hat, so ist auf der andern Seite der Eintritt dieses Momentes selbst, d. h. des Momentes, wo der Eintritt oder Nichteintritt der causa futura sich entscheiden muß, als eine das Exceptionsrecht des Beklagten vernichtende Thatsache zu betrachten. Von diesem Momente an kann die Klage des Gebers durch das bis dahin in der exceptio des Beklagten bestandene Hinderniß nicht mehr gehemmt und aufgehalten werden, es müßte denn zugleich auch die causa futura eingetreten sein. Denn der Eintritt derselben ist, wie oben ausgeführt ist, eine die condictio vernichtende Thatsache, indem sie das bis dahin bestandene rechtlich grundlose Haben in ein cum causa habere verwandelt, also den Zustand beseitigt, der die Basis der Haftung des Empfängers bildete.

Es fragt sich nun noch, wie sich die Anwendung der hier dargestellten Grundsätze auf diejenigen Fälle gestaltet, in denen propter poenitentiam soll condicirt werden können.

Nach Errleben S. 137. 138. soll dies jus poenitendi stattfinden:

1. wenn die causa futura eine Willensäußerung, Handlung wie Unterlassung des Gebers ist, oder
2. wenn der Eintritt derselben vom Zufall und der Willkühr des Gebers abhängt, oder
3. wenn derselbe abhängt vom übereinstimmenden und zusammenwirkenden Willen des Gebers und des Empfängers, sei es
   a. für sich allein, oder auch
   b. unter dem Hinzutritt zufälliger Begebenheiten.

In diesen Fällen steht es nämlich in der Macht des Gebers, den Nichteintritt der causa futura herbeizuführen, und darum nennt man die hier stattfindende Klage eine cond. propter poenitentiam.

Meines Erachtens hat die in diesen Fällen auf Herbeiführung des Nichteintritts der causa futura gerichtete Thätigkeit des Gebers, die erklärte Sinnesänderung desselben, die auch in der frühern Klaganstellung ausgesprochen liegen kann, nur die Bedeutung einer das gedachte Exceptionsrecht des Beklagten vernichtenden Thatsache. Denn kann nach den vorhin gegebenen Ausführungen der Beklagte der vor dem Entscheidungsmomente angestellten Klage gegenüber excipiendo sich darauf berufen, daß nach dem beiderseitigen Willen der Eintritt oder Nichteintritt der causa futura die

definitive Entscheidung über das zwischen ihnen bestehende Verhältniß geben soll, so bewirkt in den hierher gehörigen Fällen der datio ob rem die ausdrücklich oder durch frühere Klaganstellung stillschweigend erklärte Sinnesänderung des Gebers definitiv die Unmöglichkeit des Eintritts der causa futura für die Zukunft, und diese schon jetzt gewisse Unmöglichkeit des ferneren Eintritts der causa nimmt dem Empfänger die bis dahin bestandene Möglichkeit der Berufung auf einen spätern Entscheidungsmoment.

Die im Vorstehenden entwickelten Ansichten

1. über den Moment der Entstehung der obligatio ob rem dati,
2. über die Bedeutung der causa secuta als einer rechtsvernichtenden Thatsache, und
3. über die Möglichkeit der exceptionsweisen Berufung des Beklagten auf den ferner noch möglichen Eintritt der causa gegenüber der vor dem Entscheidungsmomente angestellten Cond. c. d. c. n. s.

finden, das muß hier zugegeben werden, eine ausdrückliche, wörtliche Bestätigung in den Quellen nicht. Vielmehr sprechen hier sich findende Ausdrucksweisen, wie:

„condictio —, quae causa non secuta nasci poterat“ in L. 10. D. de sponsal. 23. 1.

„ante (sc. causam secutam) nullam actionem habebo.“ in L. 19. pr. D. de reb. credit. 12. 1.

„causa non secuta — repetentur“ in L. 2. D. h. t. 16. 4.

„Si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest.“ in L. 7. §. 1. eod. [54])

diese und ähnliche Ausdrucksweisen sprechen, wörtlich aufgefaßt, für die von Errleben vertheidigte Ansicht, daß die obligatio ob rem dati erst entstehe mit dem Augenblick des sich entscheidenden Nichteintritts der causa futura.

Allein dagegen kann man wohl nicht mit Unrecht geltend machen, daß es den römischen Juristen wohl nur darum zu thun gewesen ist, denjenigen Moment festzustellen, von wo an die Klage mit unzweifelhaften Erfolge angestellt werden könne. Und da steht denn allerdings fest, daß die cond. c. d. c. n. s. nur dann mit

[54]) Vergl. auch noch L. 9. pr. L. 10. 11. 16. D. eodem.

gewiſſem Erfolge angeſtellt werden kann, wenn der Nichteintritt der causa futura gewiß iſt. Iſt das Weſen der datio ob rem von Gerber und mir richtig aufgefaßt, und ſind ferner die daraus gezogenen Conſequenzen richtig, ſo müſſen auch die gedachten Quellenausdrücke in dem angegebenen Sinne aufgefaßt und interpretirt werden. Daß man dies darf, ohne der Auctorität der Römiſchen Juriſten und der Quellen zu nahe zu treten, dürfte ſchon aus den Nachweiſungen und Interpretationen ähnlicher Quellenausdrucksweiſen hervorgehen, wie ich ſie ſchon früher (III. S. 35 ffg.) gegeben habe.

Es giebt nun aber auch Quellenzeugniſſe, welche die hier gegebene Auffaſſung der datio ob rem vollſtändig wiedergeben. Ich will nur einige davon hier anführen.

In L. 8. D. de jure dot. 23. 3. ſagt Calliſtratus:

„Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur.“

Faßt man die Schlußworte einfach auf, wie ſie hier ſtehen, ſo ergeben ſie unzweifelhaft folgenden Satz: „Die vor Eingehung der Ehe an den Bräutigam mit Beziehung auf die künftige Ehe gegebenen Sachen ſollen ſofort Eigenthum deſſelben und zurückgegeben werden, es ſei denn, daß die Ehe wirklich nachfolgt.“ Es ſoll alſo die nachfolgende Eingehung der Ehe die durch das sine causa habere begründete Verpflichtung aufheben.

In L. 1. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. ſagt Ulpian:

„Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, — causa secuta repetitio cessat.“

Es ſoll alſo, ſagt Ulpian, die Rückforderung wegfallen — cessare —, wenn die causa futura eintritt.

Wegfallen, aufhören, cessare, kann aber nur das, was ſchon da war, das Rückforderungsrecht muß alſo ſchon vorhanden ſein, wenn es mit dem Augenblick des Eintritts der causa futura fortfallen ſoll. Die Stelle, ſo aufgefaßt, und wie ich glaube, muß ſie ſo verſtanden werden, beweiſt, daß die Obligation auf Rückgabe entſteht mit dem Augenblicke der Hingabe, und ferner,

daß der Eintritt der gewollten causa das Rückforderungsrecht vernichtet.

In gleicher Weise, wie in der eben besprochenen Stelle, spricht sich Ulpian auch in L. 3. §. 3. und L. 5. pr. eodem aus.

Es ist nunmehr die Beweislast bei der Condictio c. d. c. n. s. festzustellen, eine Aufgabe, die nach den vorigen Erörterungen Schwierigkeiten nicht mehr bereiten kann.

Da die datio ob rem, d. h. die Thatsache, daß etwas mit Beziehung auf eine künftige causa gegeben ist, den Zustand des rechtlich grundlosen Habens des Empfangenen und somit die Obligation auf Rückgabe erzeugt, so muß Kläger unzweifelhaft diese — rechtserzeugende — Thatsache beweisen.

Da ferner der Eintritt der vorausgesetzten causa den bis dahin bestandenen Zustand des rechtlich grundlosen Habens auf Seite des Empfängers, und damit die Obligation auf Rückgabe vernichtet, so muß diese — rechtsvernichtende — Thatsache vom Beklagten bewiesen werden.

Beruft nun der mit der cond. c. d. c. n. s. Belangte excipiendo sich darauf, daß er trotz des rechtlich grundlosen Habens zur Zeit noch nicht zur Rückgabe angehalten werden könne, weil der erklärten Absicht entsprechend für ihn das Recht und für den Kläger die Pflicht begründet sei, erst den Entscheidungsmoment über Eintritt oder Nichteintritt der causa futura abzuwarten, so müßte an sich der Beklagte die factische Grundlage dieses Exceptionsrechtes beweisen. Allein indem der Kläger das datum ab causam beweist, um damit das rechtlich grundlose Haben des Beklagten darzuthun, beweiset er zugleich auch die auf die causa futura bezüglichen Verabredungen, und da diese die Grundlage des Exceptionsrechtes des Beklagten bilden, so ist der letztere eines Beweises derselben enthoben.

Dieser Fall hat Aehnlichkeit mit der exceptio non impleti contractus gegenüber der Klage aus dem Kaufcontracte. Denn wenn der Kläger hier den Kaufcontract als Voraussetzung des Anspruchs auf die ihm gebührende Leistung beweist, so ist damit auch bewiesen, daß für den Beklagten ein Anspruch auf Gegenleistung entstanden ist. Der Beklagte, welcher diesen Anspruch excipiendo erhebt, ist daher eines Beweises überhoben.

Will nun der Condicent die angeſtellte Klage trotz des in der exceptio des Beklagten liegenden Hinderniſſes dennoch durchführen, ſo bleibt ihm weiter nichts übrig, als dies Exceptionsrecht des Beklagten als wieder weggefallen, *vernichtet*, darzuſtellen, nachzuweiſen, daß der Entſcheidungsmoment ſchon vorüber iſt, ein Beweis, der dann nicht beſonders geführt zu werden braucht, wenn die durch die Klaganſtellung ſtillſchweigend erklärte Sinnesänderung — poenitentia — des Gebers die jenes Exceptionsrecht *vernichtende* Thatſache iſt[55]).

Die hier gegebenen, und meines Erachtens mit Nothwendigkeit aus dem Weſen der datio ob rem folgenden Entſcheidungen über Beweislaſt bei der Condictio c. d. c. n. s. finden eine ausdrückliche Beſtätigung in einem Quellenzeugniſſe, welches daher auch umgekehrt als ein Beweis für die Wahrheit der bislang entwickelten Auffaſſung der datio ob rem angeſehen werden muß.

In L. 3. Cod. de non num. pecun. 4. 30. ſagt nämlich der Kaiſer *Antoninus*:

„Si ex cautione tua — conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam; quo non impleto, absolutio sequetur.“

Der in der Stelle erörterte Fall iſt dieſer:

A. hat von dem B. die Rückzahlung einer Summe Geldes ſtipulirt[56]), die er dem letztern erſt als Darlehn auszahlen will.

[55]) Ich habe früher, S. 85 ffg. geſagt, daß, wenn aus dem Inhalte des Klagvortrags die Exiſtenz der einen oder andern Exception des Beklagten folgt, alſo die Exiſtenz einer ſolchen im Voraus vom Kläger zugeſtanden iſt, der Richter ſie trotzdem nicht berückſichtigen dürfe, wenn nicht der Beklagte vertheidigungsweiſe ſich hierauf beruft. Wenn nun aus einer datio ob rem vor dem Entſcheidungsmomente geklagt wird, ſo ergiebt ſich auch hier aus dem Klagvortrage die Exiſtenz eines Exceptionsrechtes des Beklagten. Der Richter kann daher hier den Kläger nicht ohne Weiteres abweiſen, ſondern muß erſt den Beklagten hören, und wenn dieſer ſich auf die Exceptio nicht beruft, ſo kann ſie weitere Berückſichtigung nicht finden; auch kann dann vom Kläger ſelbſtverſtändlich nicht der Beweis verlangt werden, daß das Exceptionsrecht, deſſen Exiſtenz er im Voraus ſchon zugeſtanden, wieder weggefallen, vernichtet ſei. —

[56]) Ich ſetze nämlich voraus, daß »cautio« in dieſem Reſcripte eine *Stipulation* bedeutet. Vgl. *Schleſinger* zur Lehre v. d. Formalcontracten S. 306.

Die Eingehung der Stipulation geschah also in der Voraussetzung einer künftigen Darlehnsobligation. B. hat also ob rem promittirt, und dadurch dem A. einen Vermögenswerth, nämlich die obligatio ex stipulatu verschafft. Diese Vermögensvermehrung des A. würde nach den früher entwickelten Grundsätzen bis zu dem Moment der wirklichen Constituirung der Darlehnsobligation durch Auszahlung der Summe als Vermögensvermehrung sine causa angesehen werden müssen. Der Promissor B. würde daher eine condictio causa d. c. n. s. auf Liberation von der jure bestehenden Stipulationsobligation haben, wobei ihn nur der Beweis treffen würde, daß dieselbe in Erwartung der gedachten causa eingegangen sei. Die wirklich erfolgte Auszahlung des Darlehns wäre als Eintritt der causa futura rechtsvernichtende Thatsache, und müßte, wenn behauptet, vom beklagten Stipulator bewiesen werden. Wollte letzterer blos auf den noch erwarteten Eintritt der causa sich excipiendo berufen, so würde der Kläger diesen Einwand damit zurückschlagen können, daß er jetzt seine zur Constituirung der Darlehnsobligation nothwendige Mitwirkung versagt. Paulus: L. 30. D. de reb. cred. 12. 1.

„Qui pecuniam creditam accepturus spospondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.“

Er würde also durch diese Sinnesänderung die an sich begründete Berufung des Stipulator auf den noch zu erwartenden Eintritt der causa abschneiden, und mit der Klage durchdringen, wenn nicht von Seiten des Stipulator die rechtsvernichtende Thatsache des Eintritts bewiesen würde.

Das mit der cond. c. d. c. n. s. geltend zu machende Recht kann nun in dem vorausgesetzten Falle auch excipiendo seitens des B. gegenüber der von dem A. erhobenen actio ex stipulatu geltend gemacht werden. Die Consequenz erfordert, daß bezüglich der Beweislast hier dieselben Grundsätze gelten, wie im Fall der klagweisen Geltendmachung dieses Rechts.

In der abgedruckten Stelle hat nun aber Antonin grade diesen Fall der exceptionsweisen Geltendmachung des in Frage stehenden Rechts entschieden. Denn die hier erwähnte exceptio non numeratae pecuniae ist nicht die gleichnamige, erst dem spätern Recht angehörende Beweiseinrede gegen Darlehnsscheine, auch

nicht eine sog. exceptio indebiti promissi, d. h. eine exceptio, gestützt auf die Behauptung, daß indebite promittirt sei, entnommen aus einem mit der condictio indebiti geltend zu machenden Rechte, sondern die auch von Gajus IV. 116., von Ulpian in L. 2. §. 3. L. 4. §. 16. D. de doli mali exc. 44. 4, und von Justinian in §. 2. Inst. de exceptionib. 4. 13. besprochene exceptio, deren Grundlage ein Recht des Beklagten ist, welches dieser klagweise mit der cond. c. d. c. n. s. geltend machen kann, eine exceptio, deren in factum concipirte Fassung dahin gelautet haben wird: „si non eam pecuniam Aulus Agerius a Numerio Negidio stipulatus est tamquam credendi causa numeraturus neque numeravit“ [57]).

Wenn nun Antonin dem klagenden Stipulator, dem excipiendo opponirt wird, es sei ob rem promittirt, nämlich in Voraussetzung einer künftigen Darlehnsobligation, den Beweis der Zahlung als der Thatsache des Eintritts der vorausgesetzten causa zuerkennt, so stimmt diese Entscheidung mit der von mir schon vorhin gegebenen Entscheidung, die, wie ich glaube, aus dem Wesen der datio ob rem folgt, vollständig überein.

Errleben faßt den vorliegenden Fall anders auf. Er meint nämlich (S. 502 ffg.), „der Eintritt der Voraussetzung (d. h. die vorausgesetzte Auszahlung des Darlehens) bilde (nicht in formeller, sondern) in materieller Hinsicht eine Bedingung, wenn auch nicht des Versprechens selbst, so doch seiner endlichen Wirksamkeit. Verlange daher der Stipulator dessen Erfüllung, so verlange er dadurch dem letzten Erfolge nach ein Mehreres, als der Promissor selbst ihm unmittelbar zu gewähren für gut gefunden habe, und müsse daher auch den Eintritt derjenigen Thatsachen (d. h. also die wirklich erfolgte Auszahlung des Darlehns) beweisen, wovon die Leistung dieses Mehreren nach der vorliegenden Willenserklärung des Versprechenden selbst abhängig gemacht sei.“

Dies kann als richtig nicht zugegeben werden.

Zunächst spricht gegen Errleben der Widerspruch, dessen er sich schuldig macht, wenn er, wie mitgetheilt, S. 503 sagt, daß

---

[57]) Vgl. Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten u. s. w. S. 216. ffg.

bei der promissio ob rem der Eintritt der Vorausſetzung, alſo die Auszahlung des Darlehns, eine Bedingung der endlichen Wirkſamkeit der promissio bilde, während er auf der nächſtvorhergehenden Seite 502 ſagt, daß nicht die Wirkſamkeit der in der datio ob rem liegenden Willenserklärung durch den Eintritt der Vorausſetzung, ſondern umgekehrt die Unwirkſamkeit durch den Nichteintritt bedingt ſei. Warum ſollen von der promissio ob rem, die doch ebenſo wie die datio ob rem eine Vermögenszuwendung ob rem iſt, andere Grundſätze gelten, als von der datio ob rem?

Von Errleben iſt dies meines Erachtens nicht bewieſen.

Es iſt nun ſchon früher zu zeigen geſucht worden, daß die ſo eben erwähnte, von Errleben über die datio ob rem aufgeſtellte Anſicht nicht richtig iſt.

Unrichtig iſt aber auch ſeine eben erwähnte Anſicht über den beſondern Fall der promissio ob rem. Denn die Stipulation hat eine formell verpflichtende, und unmittelbar rechtserzeugende Kraft. „Dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris.“ ſagt Gajus IV. 116. ganz ausdrücklich mit Bezug auf den Fall der promissio ob rem. Iſt die Stipulation eine bedingte, ſo kann eine Obligation aus derſelben nicht entſtehen, die Bedingung würde dies hindern. Errleben ſagt nun ſelbſt, daß die Stipulation, das Verſprechen ſelbſt nicht bedingt ſei; folglich muß ſie auch eine Obligation, ein perſönliches Recht, ein Klagrecht erzeugt haben, und da die Stipulation die einzige rechtserzeugende Thatſache iſt, ſo kann vom klagenden Stipulator zur Begründung der actio ex stipulatu auch nur der Beweis dieſer einen und keiner andern Thatſache verlangt werden.

Kann nun aber die Wirkſamkeit des aus der Stipulation entſtandenen Rechts ausgeſchloſſen werden durch ein entgegenſtehendes Recht, ein Exceptionsrecht, ſo daß das Klagrecht, ſo lange dies Exceptionsrecht beſteht, als unwirkſam erſcheint, ſo kann daſſelbe doch auf der andern Seite wieder zu Kräften kommen, wirkſam werden, wenn das Exceptionsrecht wieder fortfällt, und inſofern kann man wohl dieſen Wegfall des Exceptionsrechts, freilich in einem nicht techniſchen Sinne, eine Bedingung der Wirkſamkeit des Klagrechts nennen.

Wird nun der Klage ein Exceptionsrecht opponirt, und iſt vom

Beklagten die daſſelbe erzeugende Thatſache bewieſen, ſo iſt es nunmehr Sache des Klägers, die Vernichtung des Exceptionsrechts zu behaupten und zu beweiſen, da er nach dem Grundſatze „Reus in exceptione actor“ der exceptio gegenüber als Beklagter gilt, und als ſolcher rechtsvernichtende Thatſachen zu beweiſen hat.

Hiernach iſt alſo die von Errleben verſuchte Begründung des Satzes, daß der Kläger außer der Stipulation auch den Eintritt der causa, alſo die Auszahlung des Dahrlehns zu beweiſen habe, als mißlungen zu betrachten. Zur Begründung der actio ex stipulatu muß unter allen Umſtänden der Nachweis der Stipulation genügen, und die den Kläger obendrein treffende Beweislaſt bezüglich der Thatſache des ausgezahlten Darlehns muß daher in anderer Weiſe begründet werden.

Errleben iſt nun doch auch der Anſicht, daß das der exceptio doli im vorliegenden Falle zu Grunde liegende Recht ein ſolches iſt, welches der promissor klagend mit der cond. c. d. c. n. s. geltend machen könne. Wenn nun nach ſeiner Anſicht bei der klagweiſen Geltendmachung dieſes Rechts der Nichteintritt der causa futura eine weſentliche Vorausſetzung der Entſtehung des Rechts iſt und mithin vom Promittenten, wenn er klagt, bewieſen werden muß, ſo iſt nicht abzuſehen, wie ein anderes gelten ſoll, wenn der Promiſſor dies Recht excipiendo geltend macht.

Auch dieſer Widerſpruch, deſſen ſich Errleben ſchuldig macht, indem er auf Seite 503 zunächſt für die exceptionsweiſe Geltendmachung des Rechts des Promiſſor behauptet, der Kläger habe den Eintritt der causa zu beweiſen, und indem er in unmittelbarem Anſchluß hieran von der klagweiſen Geltendmachung des Rechts des Promiſſor ſagt, daß von dieſem der Wegfall der Vorausſetzung als Grund ſeines Verlangens bewieſen werden müſſe, iſt nicht gehoben worden.

Nachdem Errleben in der eben angegebenen Weiſe über die condictio c. d. c. n. s. des Promiſſor geſprochen, ſagt er auf derſelben und der folgenden Seite weiter, „daß unter denſelben Vorausſetzungen, unter welchen der exceptio non numeratae pecuniae gegenüber der Gläubiger den Beweis wirklich erfolgter Auszahlung des Darlehens zu führen habe, ihm dieſer Beweis auch dann obliege, wenn der Schuldner das in deſſen Erwartung ausgeſtellte Verſprechen mittelſt einer cond. c. d. c. n. s. zurück-

fordere, weil es der Promissor von vornherein in seiner Macht habe, durch verweigerte Annahme des Darlehens den Eintritt der Voraussetzung abzuwenden, unter welcher er sich zur Zahlung der versprochenen Summe anheischig gemacht habe, — „Qui pecuniam creditam accepturus spospondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo ei se obstringat.“ [58]) — weil also ein Fall vorliege, wo die Sinnesänderung, poenitentia, den Eintritt der Voraussetzung mit dem Erfolge ausschließe, daß jetzt das Gegebene zurückerstattet werden müsse, — und weil der beklagte Stipulator den klagenden Promissor nur dann bei dem Versprechen festhalten könne, wenn er den Eintritt der Voraussetzung, also die Auszahlung des Darlehns beweise.“

Dies veranlaßt mich, nochmals auf die Sinnesänderung als eine Voraussetzung der Klage in dem Sinne Errlebens einzugehen.

Nach Errleben ist der Nichteintritt der causa, wegen welcher gegeben ist, eine wesentliche Voraussetzung der condict. und vom Kläger zu beweisen. Da wo durch eine Sinnesänderung des Gebers der Eintritt der causa vereitelt werden kann, soll diese eine Voraussetzung der Klage sein, und der Beklagte beweisen, wenn er behauptet, daß inzwischen schon die causa eingetreten sei.

Nichteintritt der causa und Sinnesänderung des Gebers sollen also eine gleiche Wirkung haben.

Ich will nun einen Augenblick zugeben, daß der Nichteintritt der causa die Obligation auf Rückgabe erzeugt. Dann muß ich aber doch bestreiten, daß die Sinnesänderung des Gebers dieselbe Wirkung hat.

Denn meines Erachtens constatirt die ausdrücklich oder stillschweigend durch die Klaganstellung erklärte Sinnesänderung des Gebers nur die Gewißheit der fernern Unmöglichkeit des Eintritts der causa, aber nicht die Gewißheit, daß bis jetzt die causa noch nicht eingetreten ist. Es ist also denkbar, daß bis zur Sinnesänderung die causa schon eingetreten war, und war dies der Fall, so ist selbstverständlich die Sinnesänderung etwas ganz Bedeutungsloses. Sie kann eine rechtserzeugende Kraft nicht mehr haben, ein sine causa habere

[58]) Vgl. L. 30. D. de Reb. Cred. 12. 1.

auf Seite des Empfängers kann sie nur bewirken unter der Voraussetzung, daß bis zu ihrem Eintritt auch die causa nicht eingetreten ist, und dies müßte auch vom Kläger bewiesen werden.

Errleben läßt aber in diesem Falle den Beklagten beweisen, daß die causa inzwischen eingetreten sei.

Welche Bedeutung soll nun dieser vom Beklagten zu führende Beweis haben?

In dem Falle, wo nach Errleben der Nichteintritt der causa vom Kläger bewiesen werden muß, würde der vom Beklagten geführte Beweis des Eintritts der causa ein Gegenbeweis sein, weil geführt, um trotz des Beweises des Klägers die Unwahrheit der Klagthatsachen darzuthun.

Diesen Charakter kann der vom Beklagten zu führende Beweis des Eintritts der causa da nicht haben, wo nach Errleben die Sinnesänderung des Gebers das Rückforderungsrecht erzeugen soll. Denn die Wahrheit der vom Beklagten bewiesenen Thatsache ist sehr wohl verträglich mit der Wahrheit der rechtserzeugenden Thatsachen, und diese würden ja allein bestehen aus der Thatsache der datio ob rem und der Sinnesänderung des Gebers.

Schlesinger S. 212. meint: „wenn der Geber sofort nach der Hingabe die cond. propt. poenitentiam anstelle, so sei es unmittelbar gewiß, daß die causa nicht eingetreten sei, noch eintreten werde: und in sofern sei in den Fällen, wo wirksame poenitentia stattfinde, die cond. c. d. c. n. s. mit der Hingabe ohne Weiteres erworben, und es sei natürlich Sache des Beklagten, wenn er bei späterer wirklicher Anstellung der Klage behaupte, das Forderungsrecht sei dem Kläger inzwischen durch res secuta wieder untergegangen, dies nachzuweisen."

Schlesinger hält also den vom Beklagten zu führenden Beweis der causa secuta für den Beweis einer rechtsvernichtenden Thatsache. Allein die Voraussetzung, von welcher Schlesinger hierbei ausgeht, daß nämlich da, wo eine poenitentia wirksam stattfinden könne, das Rückforderungsrecht sofort mit der Hingabe als entstanden zu betrachten sei, ist falsch. Denn nicht die Möglichkeit, sondern erst die Wirklichkeit der Sinnesänderung soll ja das Rückforderungsrecht erzeugen. Darum kann auch nach dieser Ansicht die res secuta keine rechtsvernichtende Thatsache sein.

Es bliebe nun noch die Möglichkeit, die vom Beklagten zu beweisende causa secuta als eine rechtshindernde Thatsache zu betrachten, d. h. als eine Thatsache, welche bewirke, daß trotz der datio ob rem und trotz der Sinnesänderung des Gebers ein Rückforderungsrecht nicht entstände.

Aber auch diese Annahme scheint mir nicht gerechtfertigt.

Denn wenn man einmal mit Errleben annimmt, daß die Unwirksamkeit der in der datio ob rem liegenden Willenserklärung des Gebers durch den Nichteintritt der causa bedingt ist, in der Weise, daß von jetzt ein Zustand rechtlich grundlosen Habens des Empfangenen und damit die Verbindlichkeit zur Rückgabe eintritt, so ist damit der Nichteintritt der causa futura für eine wesentliche Voraussetzung der Obligation auf Rückgabe erklärt, daß derselbe nur als eine rechtserzeugende Thatsache betrachtet werden kann.

Zudem wäre nicht abzusehen wie in einem und denselben Rechtsverhältnisse bald eine Thatsache als rechtserzeugende, bald ihr Gegentheil als rechtshindernde Thatsache soll vorkommen können.

Nach allem diesem kann ich die Ansicht Errleben's über die Entstehung der Obligation auf Rückgabe, über die Beweislast und über die Bedeutung der Sinnesänderung für gerechtfeitigt nicht halten. Der Umstand, daß nach Ansicht Errleben's der Beklagte da den Eintritt der causa beweisen soll, wo wegen Sinnesänderung condicirt wird, ist grade für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht beweisend; denn die Sinnesänderung kann nur die Bedeutung einer Thatsache haben, welche dem Empfänger die bis dahin mögliche Berufung auf den noch zu erwartenden Eintritt der causa nimmt, und wenn in solchem Falle der Beklagte den Eintritt der causa beweisen muß, um von der Klage frei zu werden, so beweist dies ganz besonders, daß die Verpflichtung zur Rückgabe aus der Thatsache des grundlosens Habens schon datirt vom Augenblick des Empfangs. Hieraus haftet er, wenn er nicht die rechtsvernichtende Thatsache beweiset, daß die causa futura eingetreten ist.

X.

Die Erwiederung des Klägers auf die vom Beklagten vorgebrachten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen.

In den bisherigen Abschnitten ist gezeigt worden, was und von wem im Civilprocesse zu beweisen ist. Im Anschlusse hieran und um die Durchführbarkeit der aufgestellten Grundsätze über Beweislast zu zeigen, wurde der wesentliche bezw. mögliche Inhalt zweier processualischer Acte, der Klagerhebung und der Erwiederung des Beklagten auf die Klage in den einschlageuden Richtungen des Weitern erörtert.

Damit könnte ich die Abhandlung schließen.

Allein der Umstand, daß zwischen der Erwiederung des Beklagten auf die Klage und dem Beweisurtheile, für welches die entwickelten Beweisregeln von Bedeutung sind, regelmäßig noch einige Parteihandlungen in der Mitte liegen, die nicht minder wie die vorhin gedachten auf das Beweis- und Enderkenntniß Einfluß äußern können, dieser Umstand veranlaßt mich, noch einen Schritt weiter zu gehen, und der sog. Replik mit einigen Worten zu gedenken. Einer Besprechung der sog. Duplik, der noch möglichen Triplik u. s. w. wird es dann nicht weiter bedürfen, da das von der Erwiederung des Beklagten, von der Replik des Klägers Gesagte im Wesentlichen auch auf diese ferneren Parteihandlungen Anwendung findet.

Als wesentlicher und bezw. möglicher Inhalt der Erwiederung des Beklagten ist bis jetzt dargestellt worden:

1. die (zugestehende oder verneinende) Erwiederung des Beklagten auf die vom Kläger behaupteten Klagthatsachen.
2. das Vorbringen rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen, und
3. das Vorbringen von Exceptionsrechten.

Diese drei Punkte können wieder Gegenstand besonderer Auslassungen seitens des Klägers in seiner nunmehr folgenden Erwiederung — gewöhnlich Replik genannt — sein.

1. Die mögliche Erwiederung des Klägers auf die vom Beklagten vorgebrachten Exceptionen braucht hier nicht mehr ausführlich besprochen zu werden. Denn den Exceptionsrechten des Beklagten gegenüber erscheint der Kläger in gewisser Beziehung als Beklagter. In dieser Beziehung gilt daher von ihm, was vom Beklagten gilt gegenüber der Klage.

Er kann die das Exceptionsrecht erzeugenden Thatsachen zugestehen oder leugnen, er kann ferner solche Thatsachen vorbringen, welche das Exceptionsrecht in seiner Entstehung zu hindern oder nach der Entstehung zu vernichten geeignet sind. Der Kläger kann aber auch gegen die exceptio des Beklagten seinerseits wieder ein Recht, eigentliche replicatio, vorschützen, dessen Existenz eine Freisprechung des Beklagten, die in Folge der exceptio an sich begründet sein würde, wieder als unbillig erscheinen läßt.

2. Wenn die Erwiederung des Beklagten auf die Klagthatsachen ein unumwundenes Geständniß derselben enthält, so wird diese dem Kläger, abgesehen etwa von einer oft, freilich unnöthigerweise vorkommenden Acceptation des Geständnisses kaum noch Veranlassung zu weitern Bemerkungen bieten, es müßte denn sein, daß der Beklagte dem Geständniß Rechtsdeductionen angefügt hätte, um zu zeigen, daß trotzdem der Anspruch des Klägers nicht begründet sei. Hierdurch könnte nämlich der Kläger seinerseits wieder zum Vorbringen von Rechtsdeductionen sich veranlaßt sehen. Allein wie der Rechtsdeductionen im Proceß überhaupt keine bestimmte Wirkung zukommt, so kann auch die vom Kläger in der Replik vorgebrachte eine weitere Bedeutung nicht in Anspruch nehmen. Es hängt lediglich vom Richter ab, ob und welchen Einfluß sie auf die Bildung seiner Ansichten über die in Betracht kommenden Rechtssätze haben sollen.

Eben so wenig Veranlassung zu weitern Bemerkungen hat

der Kläger auch dann, wenn der Beklagte alle oder einzelne Klagthatsachen geleugnet hat. Wenn er hier dem Leugnen gegenüber die Klagthatsachen dennoch als wahr behauptet, so ist auch dies processualisch ganz bedeutungslos.

Anders kann sich die Sache gestalten, wenn der Beklagte durch Behauptung solcher Thatsachen geleugnet hat, welche mit der Wahrheit der Klagthatsachen schlechterdings nicht verträglich sind — negatio per positionem —. Hier kann der Fall eintreten, daß der Kläger in seiner jetzigen Erwiederung die Wahrheit dieser entgegengesetzten Thatsachen zugesteht. Ist dies der Fall, so wird dadurch schon die Unwahrheit der Klagthatsachen zur Gewißheit, und ein weiteres Verfahren unnöthig.

Sehr oft kommt es auch vor, daß der Kläger der Erwiederung des Beklagten gegenüber sich nochmals über die Klagthatsachen selbst äußert. Dies nochmalige Eingehen des Klägers auf die Klagthatsachen ist immer mit besonderer Vorsicht zu beachten, und namentlich wird darauf besonders zu achten sein, ob darin etwa eine declaratio bezw. emendatio oder mutatio libelli liegt, um nach den hierüber geltenden Grundsätzen des Proceßrechts [1]) beurtheilen zu können, ob und welche Bedeutung jenen Aeußerungen des Klägers beizulegen ist.

3. Die Erwiederung des Klägers auf die vom Beklagten vorgebrachten rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen wird hier etwas ausführlicher zu besprechen sein.

Abgesehen von einem etwaigen Geständniß oder Leugnen der vom Beklagten vorgebrachten rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen kann der Kläger seinerseits wieder selbständige Thatsachen vorbringen, die mit der Wahrheit der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen an sich verträglich, aber geeignet sind, ihnen die Wirkung rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen zu nehmen, ihnen gegenüber den Klaganspruch aufrecht zu erhalten.

Bei Darstellung der Grundsätze über Beweislast ist bislang auf diese Behauptungen des Klägers keine Rücksicht genommen;

---

[1]) Vgl. Bayer S. 549 ffg. Linde §. 197. Osterloh Civilproceß §. 202.

das, was in dieser Beziehung gesagt ist, bezog sich blos auf die rechtserzeugenden Thatsachen einerseits, und die rechtshindernden und rechtsvernichtenden andererseits. Allein der Satz, daß der Beklagte diejenigen Thatsachen zu beweisen hat, welche die Rechtswirkung der vom Kläger zu behauptenden und zu beweisenden Thatsachen zu hindern und auszuschließen geeignet sind, ist einer allgemeinen Anwendung im Processe fähig, und namentlich auch auf den Fall anwendbar, daß vom Kläger Thatsachen behauptet werden, welche die den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen zukommende Rechtswirkung auszuschließen, zu hindern geeignet sind.

Ich will hier beispielsweise nur einige Fälle anführen.

a. Wenn die vom Beklagten behauptete rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache ein Rechtsgeschäft ist, so kann der Kläger diejenigen Thatsachen, welche die Wirksamkeit des Geschäfts ausschließen würden, falls dasselbe rechtserzeugende Thatsache wäre, jetzt in der Replik gebrauchen und anführen, um demselben die Wirkung eines Rechtsgeschäfts überhaupt abzusprechen, z. B. irgend eine Thatsache, welche die Handlungsfähigkeit ausschließt, überhaupt solche Mängel des Geschäfts, welche die Wirksamkeit des aus der einseitigen bezw. zweiseitigen (übereinstimmenden) Willenserklärung bestehenden Thatbestandes hemmen.

b. Bei Gelegenheit der Darstellung rechtshindernder Thatsachen ist S. 116 gezeigt worden, daß, wenn aus einer Kaufobligation auf Tradition geklagt werde, und der Beklagte behaupte, das Object des Kaufs sei zur Zeit des abgeschlossenen Contractes eine Mündelsache gewesen, dies eine die Rechtsentstehung hindernde Thatsache sei. Wird [2]) nun die Wirksamkeit dieser Thatsache dadurch ausgeschlossen, wenn unter Hinzutritt eines obervormundschaftlichen Dekretes veräußert wird, so muß die Thatsache, daß ein solches Dekret zur Veräußerung hinzugetreten ist, wenn vom Kläger behauptet, auch als eine von ihm zu beweisende angesehen werden.

Bei diesem Falle dürfte es nicht ohne Interesse sein, eine fernere mögliche Behauptung des Beklagten gegenüber dem behaupteten Dekret zu besprechen.

Dem Dekrete nämlich, welches die Gültigkeit der Veräußerung

---

[2]) Vgl. über Veräußerung von Mündelsachen Puchta Pand. §. 351.

bedingt, indem es die aus der Eigenschaft der fraglichen Sache als einer Mündelsache folgende Wirkung paralysirt, können trotzdem, daß es den äußern vom Kläger zu beweisenden Anforderungen genügt, wieder Mängel anhaften, welche demselben alle und jede Wirkung nehmen. Diese kann seinerseits wieder der Beklagte als selbständige Thatsachen gegenüber dem Dekrete geltend machen, und muß sie solchenfalls auch beweisen, weil sie die Rechtswirksamkeit des Dekrets hindernde und ausschließende Thatsachen sind [5]).

Der hier besprochene Fall kann sich im Proceß auch in folgender Weise entwickeln.

Wenn der Kläger sofort bei Erhebung der Klage den in Frage stehenden Kaufcontract über eine Mündelsache abgeschlossen zu haben behauptet, so gesteht er damit eine Thatsache zu, die dem behaupteten Contracte jede Rechtswirkung zu nehmen geeignet ist. An sich müßte der in dieser Weise Klagende sofort abgewiesen werden, wie früher, S. 85. ffg. gezeigt ist. Dies kann indeß der Kläger vermeiden, wenn er sofort mit der Klagerhebung die Behauptung verknüpft, daß zur Veräußerung das gesetzlich erforderliche obervormundschaftliche Dekret hinzugetreten sei. Jetzt müßte auch der Beklagte, falls er überhaupt die Wirksamkeit des Dekrets bestreiten will, etwaige Mängel desselben als rechtshindernde Thatsachen sofort mit seiner ersten Erwiederung auf die Klage wenigstens eventuell behaupten.

Eine Aenderung in der Beweislast kann hierdurch nicht hervorgerufen werden. Daß es eines Beweises der zugestandenen Eigenschaft des fraglichen Kaufobjects als einer Mündelsache nicht mehr bedarf, ist selbstverständlich.

Die für den vorliegenden Fall gegebene Entscheidung über Beweislast bedarf als den entwickelten Grundsätzen entsprechend keines besondern Nachweises.

Auf den vorliegenden Fall hat man oft die L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6, 2. anzuwenden gesucht. Gajus sagt hier nämlich:

„Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore et lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.“

[5]) Vgl. L. 5. §. 1. D. de probat. 22. 3., Paulus: »Si quis neget emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.«

Allein die hier gegebene Entscheidung betrifft lediglich die Beweislast bei der Publiciana, wie aus der Stellung der Lex in dem Titel de Publ. actione und aus dem Zusammenhange derselben hinlänglich hervorgeht, und kann um deswillen schon hier gar nicht Platz greifen [4]).

Dieselben Thatsachen, die als zu beweisende soeben besprochen wurden, kommen in derselben Weise auch zum Beweise, wenn der veräußert habende Mündel das veräußerte Object vindicirt. Hier trifft ihn zunächst blos der Beweis des Eigenthumserwerbs. Wenn nun der Beklagte die das Eigenthum des Klägers vernichtende Thatsache behauptet, daß ihm die Sache verkauft und tradirt sei, so folgen auch hier die Behauptungen in der Weise auf einander, wie sie schon vorhin dargestellt sind. Der Kläger würde die Wirksamkeit der vom Beklagten behaupteten rechtsvernichtenden Thatsache durch die Behauptung bestreiten, daß die Sache eine Mündelsache sei. Dagegen würde es dann an dem Beklagten liegen, den Hinzutritt des obervormundschaftlichen Dekretes, und dann wieder an dem Kläger, etwaige Mängel des Dekretes zu behaupten. In den meisten Fällen wird sich aber die Klage des Mündels viel einfacher und rascher entwickeln. Der klagende Mündel wird nämlich in den meisten Fällen im Klagvortrage mit der Behauptung des erworbenen Eigenthums gleich zugestehen, daß an den Beklagten verkauft und tradirt, und daß wegen der Eigenschaft der Sache als Mündelsache auch ein Dekret hinzugetreten ist, dann aber, um die Wirksamkeit des Dekrets als beseitigt darzustellen, zugleich die etwaigen Mängel des Dekretes behaupten. Hier würde dem Kläger dann außer dem Beweise des erworbenen Eigenthums auch zugleich der Beweis der behaupteten Mängel obliegen, um die zugestandenen Einreden des Beklagten als unwirksam darzustellen.

Mit der hier gegebenen Entscheidung stimmen auch die L. 5. §. 15. D. de reb. eor. qui sub. 27. 9. und L. 5. Cod. de praed. et aliis rebus minor. sine decret. non alien. 5. 71. überein.

In der ersten Stelle sagt Ulpian:

„Manet actio pupillo, si postea poterit probari, ob-

[4]) Vgl. Weber Beweisführung §. 32.

reptum esse praetori. Sed videndum est, utrum in rem an in personam actionem ei dabimus? Et magis est, ut in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores."

Freilich ist hier nicht gesagt, wer zu beweisen hat, aber daß der klagende Mündel die Mängel des Dekrets — obreptum esse praetori — zu beweisen hat, dürfte dennoch mit Sicherheit aus der Wortfassung folgen. Deutlicher spricht darüber die L. 5. cit. von Valerianus und Gallienus:

„Etsi praeses provinciae decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem ejus probare possit, Senatus reservavit; quam exercere tu quoque non vetaberis."

c. Es ist S. 131 ffg. gezeigt worden, daß gegenüber der Klage aus einem Rechtsgeschäft die Behauptung des Beklagten, das Geschäft sei unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen, als die Behauptung einer rechtshindernden Thatsache zu betrachten ist. Wie nun die Thatsache der hinzugefügten Bedingung in ihrer rechtshindernden Wirksamkeit gehemmt wird durch den Eintritt der Bedingung, so muß dieser Eintritt der Bedingung, wenn vom Kläger in der Replik behauptet, auch von ihm bewiesen werden. Das Gleiche gilt dann, wenn der Kläger schon im Klagvortrage die Hinzufügung der Suspensivbedingung zugesteht, aber zugleich, um das darin liegende Hinderniß der Rechtentstehung als beseitigt erscheinen zu lassen, den Eintritt der Bedingung behauptet.

Die vorstehenden Beispiele genügen, um zu zeigen, was für Thatsachen vom Kläger in der Replik gegen die vom Beklagten behaupteten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen vorgebracht werden können. Immerhin aber müssen es Thatsachen sein, welche geeignet sind den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen ihre Wirksamkeit zu nehmen, dieselbe auszuschließen und zu paralysiren.

Es ist nun auch namentlich gegenüber einer vom Beklagten vorgebrachten rechtsvernichtenden Thatsache denkbar, daß der Kläger in der Replik eine Thatsache behauptet, welche zwar nicht die Bestimmung und auch nicht die Kraft hat, der rechtsvernichtenden

Thatſache dieſe Wirkung zu nehmen, welche vielmehr den ipso jure vernichteten Anſpruch des Klägers wiederhergeſtellt haben ſoll. Mit einer ſolchen Thatſache kann der Kläger in der Replik nicht mehr gehört werden. Denn der einmal entſtandene Anſpruch iſt vollſtändig erloſchen. Die rechtsvernichtende Thatſache, welche dieſe völlige Erlöſchung des früheren Rechts bewirkt hat, kann, einmal geſchehen, als eine der Vergangenheit angehörige Thatſache nicht ungeſchehen gemacht werden, und darum kann auch das frühere, ebenfalls ſchon der Vergangenheit angehörige Recht nicht wieder aufleben [5]). Eine hierauf etwa zielende Handlung der Perſonen, welche die Subjecte des untergegangenen Rechtsverhältniſſes geweſen ſind, kann niemals dieſe Wirkung haben, ſie könnte höchſtens geeignet ſein, einen neuen, ſelbſtändigen, wenngleich dem vernichteten Anſpruche ähnlichen Anſpruch zu erzeugen. Dies iſt deutlich ausgeſprochen in L. 27. §. 2. D. de pactis 2. 14. von Paulus:

„Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret, prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuerit, quod actionem quoque tolleret, veluti injuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, efficere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem reparandam ineffi-cax est; non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, velut emti. Non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.“

In dem hier in Betracht kommenden letzten Theile der Stelle ſind

---

[5]) Vgl. Unger §. 73 (S. 15 des 2. Bds.). Wangerow Lehrbuch I. §. 126.

zwei Fälle besprochen, die actio injuriarum und die Ansprüche aus Consensualcontracten.

Beiderlei Ansprüchen gegenüber hat die formlose auf Aufhebung des bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtete Uebereinkunft — pactum de non petendo bei der actio injuriarum und mutuus dissensus bei den Consensualcontracten — eine rechtsvernichtende Wirkung. Wenn nun dem pactum de non petendo gegenüber abermals ein pactum de petendo abgeschlossen wird, so kann das letztere selbstverständlich nicht die Wirkung haben, die ipso jure verlorene actio injuriarum wiederherzustellen, ebensowenig kann es aber einen neuen mit einer actio injuriarum verfolgbaren Anspruch erzeugen, da ein solcher, wie Paulus selbst sagt, nicht aus einem pactum, sondern aus einer contumelia hervorgeht. Wollte daher der mit einer actio injuriarum Klagende gegenüber dem vom Beklagten behaupteten pactum de non petendo seinerseits wieder ein pactum de petendo entgegenstellen, so könnte er mit demselben in keiner Weise etwas erreichen, da es weder seinen frühern Anspruch wiederherzustellen, noch einen neuen zu erzeugen vermag. In dem zweiten Falle, betreffend den mutuus dissensus bezüglich einer Obligation aus einem Consensualcontracte, kann ebenfalls ein neues pactum nicht mit der Wirkung abgeschlossen werden, daß die alte Obligation wieder hergestellt wird; denn sie ist abenfalls ipso jure erloschen, und Paulus sagt selbst: „non ex novo pacto prior obligatio resuscitatur.“ Ein derartiger Vertrag kann aber, wenn dies die Absicht der Contrahenten ist, als ein neuer Consensualcontract gelten, und die Bestimmung und Fähigkeit haben, eine neue Obligation zur Entstehung zu bringen desselben Inhaltes, wie ihn die alte hatte — „proficiet pactum ad novum contractum.“ —

Aber auch in diesem Falle würde der Kläger durch Berufung auf dies neue pactum in der Replik sein Klagrecht gegenüber der vom Beklagten behaupteten rechtsvernichtenden Thatsache nicht aufrecht erhalten können. Denn immerhin ist es ein neues Recht, welches er dem verlorenen substituirt. Der Proceß ist nun aber begonnen wegen des in dem Klagvortrage genannten (freilich jetzt nicht mehr vorhandenen) Rechts, und da dies hierdurch Gegenstand des Streites und der Entscheidung geworden ist, so liegt in der in der Replik geschehenen Substitution eines neuen, dem

verlornen an Inhalt freilich gleichen Anſpruchs eine Veränderung der Grundlage des Proceſſes, eine mutatio actionis, die an ſich nicht ſtatthaft iſt.

Daß ein derartiges pactum bezüglich eines ipso jure erloſchenen Anſpruches, wenn es überhaupt von Wirkung iſt, nur einen neuen Anſpruch erzeugt, und daß in der replikweiſen Berufung auf dies pactum eine an ſich nicht zuläſſige mutatio actionis liegt, zeigt ſich namentlich in den Fällen, wo das neue pactum nicht eine gleiche Obligation wie die erloſchene erzeugen kann. Wenn z. B. eine Darlehnsſchuld durch Zahlung oder durch Erlaßvertrag, dem heutzutage regelmäßig auch die ipso jure Wirkſamkeit zukommt, getilgt iſt, und nun der frühere Gläubiger und Schuldner übereinkommen, daß die Zahlung oder der Erlaß als nicht geſchehen betrachtet und die früher geſchuldete Summe dennoch gezahlt werden ſolle, ſo kann daraus eine neue Darlehnsobligation nicht hervorgehen, da die zur Entſtehung derſelben unumgänglich nothwendige Vorausſetzung, die datio mutui nicht ſtattgefunden hat. Soll daher eine neue Obligation angenommen werden, ſo könnte weiter nichts vorliegen als eine Schenkung [6]).

Wollte nun der Gläubiger, nachdem er die Condictio certi ex mutuo angeſtellt, und nachdem der Beklagte eine jener rechtsvernichtenden Thatſachen behauptet hat, ſich in der Replik auf das neue abgeſchloßene pactum berufen, ſo würde er damit einen Anſpruch aus dem Schenkungsgeſchäft erheben, und dieſen dem Anſpruch aus der Darlehnsobligation, welcher doch den Gegenſtand des Proceſſes bildet, ſubſtituiren. Hier erſcheint die darin liegende mutatio actionis ſofort als ſolche, während ſie in dem vorigen Falle, wo die Verſchiedenheit des in der Klage und des in der Replik geltend gemachten Anſpruchs blos die Zeit der Entſtehung betrifft, nicht ſo unmittelbar hervortritt.

Daß in beiden Fällen eine mutatio actionis vorliegt, und daß dieſelbe in beiden Fällen an ſich unzuläſſig iſt, wird allgemein anerkannt [7]). Doch will man dieſelbe, um die Einleitung eines neuen Verfahrens zu vermeiden, in dem Falle zulaſſen, wo der durch das neue pactum erzeugte Anſpruch abgeſehen von der

[6]) Vgl. Unger §. 73. Note 7.

[7]) Vgl. Wetzell Syſt. §. 18. Bayer S. 614 ffg. 666. Unger §. 126. Note 10.

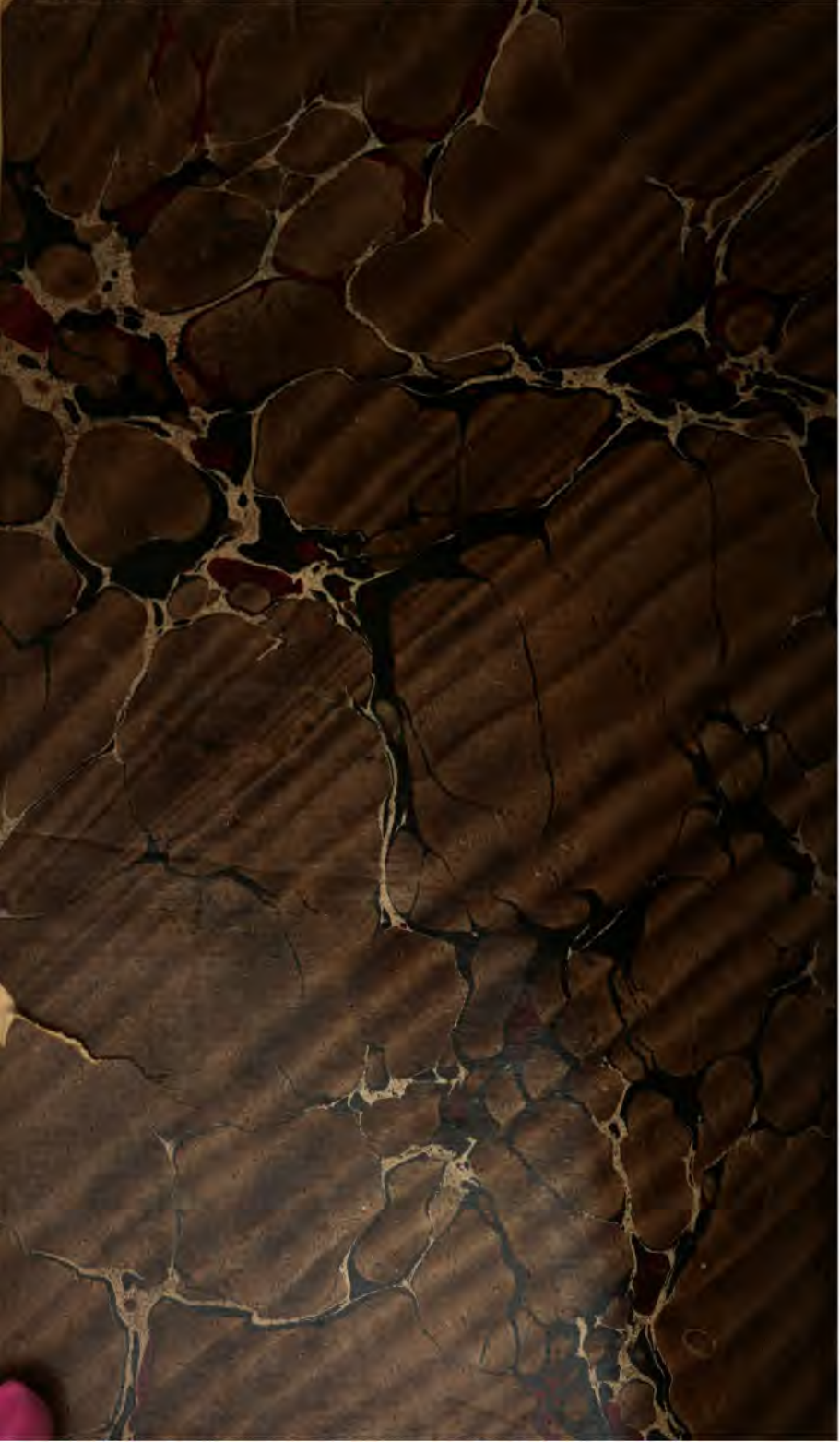
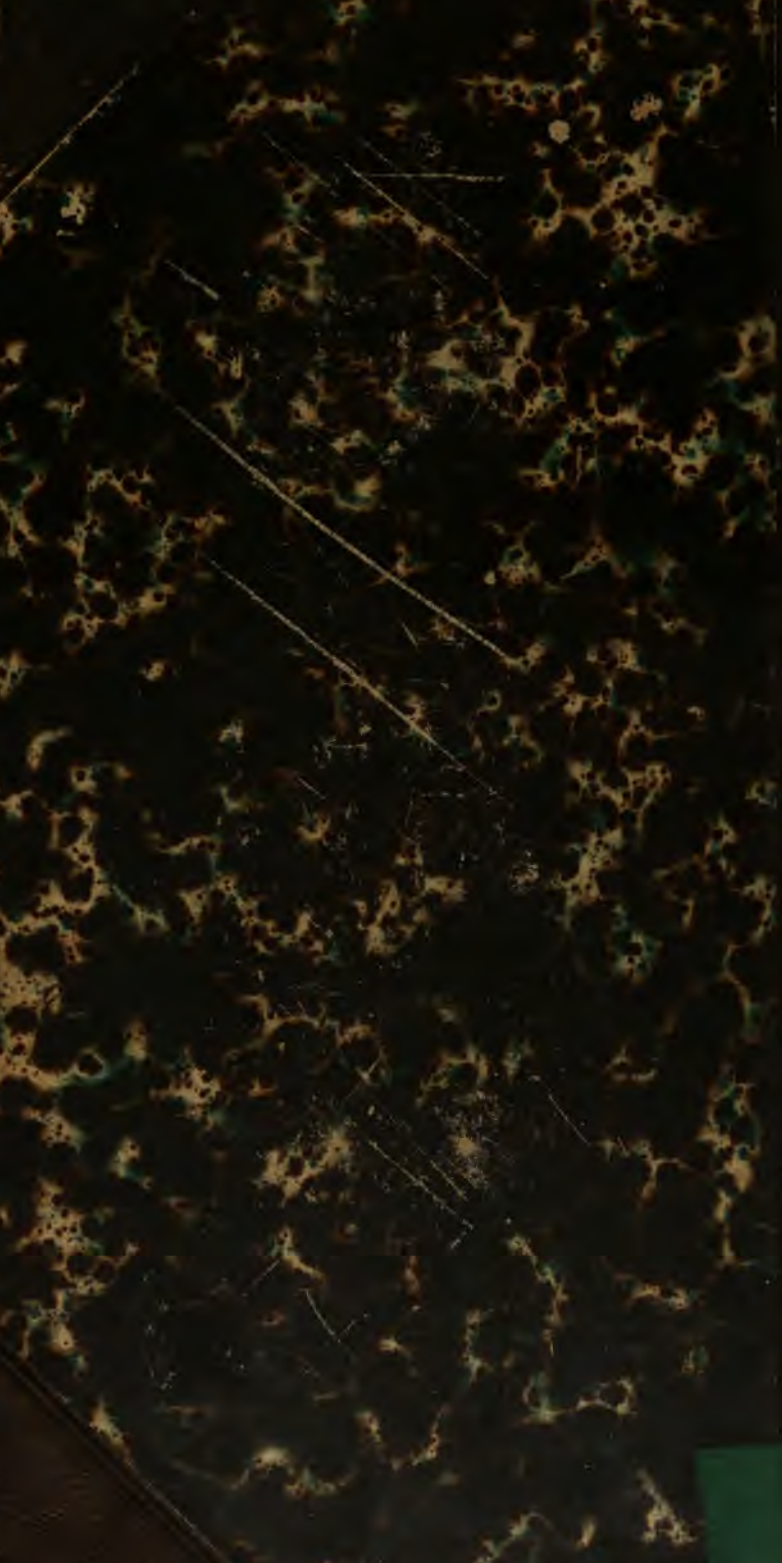
Verschiedenheit in Beziehung auf die Zeit der Entstehung vollkommen identisch ist mit dem frühern jetzt ipso jure erloschenen Anspruche [8]).

Zum Schluß will ich noch einmal den Unterschied der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen einerseits und der Exceptionen andererseits berühren.

Ein practisch wichtiger Unterschied wurde früher S. 85 ffg. darin gefunden, daß, wenn der Kläger im Klagvortrage die Existenz einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache zugesteht, die Klage sofort abgewiesen werden müsse, weil er damit die Nichtexistenz des verfolgten Klagrechts selbst zugestehe, daß dagegen, wenn im Klagvortrage zugestanden wird, daß dem Beklagten ein die Wirksamkeit des Klagrechts ausschließendes Exceptionsrecht zustehe, eine derartige sofortige Abweisung nicht erfolgen könne, weil der Richter noch nicht weiß und noch nicht wissen kann, ob der Beklagte das ihm nach Angabe des Klägers zustehende Exceptionsrecht zum Zweck der Vertheidigung verwenden will. Wenn nun der Kläger, indem er im Voraus die Existenz einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache zugesteht, im Klagvortrag zugleich eine andere Thatsache behauptet, welche geeignet ist, die Wirksamkeit der zugestandenen rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache zu paralysiren, so vermeidet er damit die sonst nothwendig eintretende Abweisung seines Klagantrags. Die Klage ist jetzt wieder begründet, und der Richter muß, auch wenn der Beklagte auf die zugestandene rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache sich nicht berufen, sondern nur einfach geleugnet haben sollte, die Klagthatsachen und die ferner behauptete Thatsache dem Kläger zum Beweise verstellen, und wenn dieser erbracht wird und vom Beklagten weitere Vertheidigungsmittel nicht gebraucht sind, dem Klagantrage gemäß den Beklagten verurtheilen. Und ebenso muß auch, wenn der Beklagte sich einer contumacia in Beziehung auf die Vernehmlassung schuldig gemacht hat, der Kläger zum Beweise der Klagthatsachen und der ferner behaupteten Thatsache zugelassen werden, wenn die Behauptung der letztern den Klagantrag den im Klagvortrage ge-

[8]) Vgl. Bayer a. a. O. Unger a. a. O.

ſtandenen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatſachen gegenüber aufrecht zu erhalten geeignet iſt.

Wenn nun der Kläger im Voraus ſolche Thatſachen zugeſteht, die für den Beklagten ein Exceptionsrecht zu erzeugen geeignet ſind, damit zugleich aber die Behauptung ſolcher Thatſachen verknüpft, welche die Entſtehung des Exceptionsrechts aus den zugeſtandenen (rechtserzeugenden) Thatſachen zu hindern, oder das entſtandene Exceptionsrecht wieder aufzuheben geeignet ſind, ſo können dieſe die Entſtehung des Exceptionsrechtes hindernden oder das entſtandene Recht vernichtenden Thatſachen nur dann in Betracht kommen und dem Kläger zum Beweiſe verſtellt werden, wenn der Beklagte in der Vernehmlaſſung zu erkennen giebt, daß er auf Grund der vom Kläger ſchon im Klagvortrage zugeſtandenen, für ihn ein Exceptionsrecht begründenden Thatſachen excipiendo ſich vertheidigen will. Geht dies aber aus der Vernehmlaſſung nicht hervor, ſo kann der Richter ex officio das Exceptionsrecht, deſſen thatſächliche Vorausſetzungen vom Kläger ſchon zugeſtanden ſind, nicht berückſichtigen. Daſſelbe iſt auch dann der Fall, wenn der Beklagte ſich gar nicht vernehmen läßt, und ihn daher die im §. 37. des J. R. A. angedrohte Strafe der Präcluſion ſeiner Einreden trifft. In beiden Fällen kommt das in der Exceptio des Beklagten liegende Hinderniß der Wirkſamkeit der Klage weiter nicht in Betracht; in Folge deſſen liegt aber auch keine Veranlaſſung zu einer weitern Berückſichtigung der ſchon im Klagvortrage behaupteten, die Entſtehung des Exceptionsrechts hindernden, oder das entſtandene Exceptionsrecht vernichtenden Thatſachen vor. Dem Kläger darf daher auch ein Beweis dieſer Thatſachen nicht auferlegt werden.

Ex. L. A. A.